THÈSE DE
POITIERS.
1889
N°. 9.

FACULTÉ DE DROIT DE POITIERS

DU DROIT D'ACCROISSEMENT
DANS LES LEGS
EN DROIT ROMAIN ET EN DROIT FRANÇAIS

« Adcrescere esse, non decrescere potius, quam adcrescere : non minui potius, quam augeri : hoc est, uno verbo, retinere solidum legatum, quod et ab initio solidum debetur, solidumque cuique relinquitur. »

(*In lib. I, Juliani ex Minicio Natali. Comment. Jacobi Cujacii, ad legem XXX, de Condit. et demonst. D.* XXXV. 1. Lett. D. — Tome 6, pars 2. Col. 455).

« C'est la volonté du testateur qui décide s'il y a ou non accroissement. »

(Laurent. — *Principes de droit civil*, t. XIV, n° 311).

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

Maurice MICHEL

AVOCAT

PARIS

L. LAROSE ET FORCEL

LIBRAIRES-ÉDITEURS

22, RUE SOUFFLOT, 22

1889

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547325_0038

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

TOURS, IMPRIMERIE DESLIS FRÈRES, RUE GAMBETTA, 6.

FACULTÉ DE DROIT DE POITIERS

DU DROIT D'ACCROISSEMENT

DANS LES LEGS

EN DROIT ROMAIN ET EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 17 Juillet 1889

PAR

Maurice MICHEL

AVOCAT

PARIS

L. LAROSE ET FORCEL

LIBRAIRES-ÉDITEURS

22, RUE SOUFFLOT, 22

1889

FACULTÉ DE DROIT DE POITIERS

MM. THÉZARD (I ✿), Doyen, professeur de Code civil.
DUCROCQ (✲ I ✿), Doyen honoraire, professeur honoraire, correspondant de l'Institut.
ARNAULT DE LA MÉNARDIÈRE (I ✿), professeur de Code civil.
LE COURTOIS (I ✿), professeur de Code civil.
NORMAND (A ✿), professeur de Droit criminel.
PARENTEAU-DUBEUGNON (A ✿), professeur de Procédure civile.
ARTHUYS (A ✿), professeur de Droit commercial.
BONNET (A ✿), professeur de Droit romain.
PETIT (A ✿), professeur de Droit romain.
BARRILLEAU (A ✿), professeur de Droit administratif.
BRISSONNET (A ✿), professeur-adjoint, chargé du cours d'Économie politique.
SURVILLE, agrégé, chargé du cours de Droit international privé.
DIDIER, agrégé, chargé du cours d'Histoire générale du droit français.

M. COULON (I ✿), secrétaire, agent comptable.

COMMISSION

Président : M. ARTHUYS, } Professeurs.
Suffragants : MM. LE COURTOIS, PETIT, } Professeurs.
SURVILLE, agrégé.

MEIS

BIBLIOGRAPHIE

I. — DROIT ROMAIN

Accarias, *Précis de dr. rom.* (2e édit. 1874), t. I, p. 956.

Averianus (Joseph), *Interpretat. juris*, liv. IV, C., 19 et passim. (Lugd. MDCCLI).

Bartoli, *Commentaria in secundam Infortiati partem.* (Lugduni 1547). *Opera omnia.*, 3e vol., p. 65 à 68. Ad leg. re conjuncti.

Borcholten, *In quatuor institutionum juris civilis libros commentaria* (Genevæ MDCXLVI). Sur le liv. II, t. 20. Inst., p. 309 à 314.

Brunnemann, *Comment. in codic.* (Colonia Allobr. MDCCLXXI). Sur le livre VI, tit. 51, C. p. 644 à 656.

van Bynkershoek (Cornelii), *Observationum juris romani.* Lib. secund, caput III, tom. I, p. 46 et 47 et passim. (Lugduni Batav. 1767).

du Caurroy, *Inst. expliquées* (Paris 1832), 4e édit. Sur le § 8, Inst. II, 20, § 750 à 758, p. 229 à 239, tom. II.

Cujacii (Jacobi), *Opera in tomis XI distributa* (VenitiisCIↃIↃCCLVIII); passim.

Donelli (Hugonis), *Commentarii de jure civili* (Editio sexta. Norimbergæ, MDCCCXXII), passim.

Duareni (Francisci), *De jure accrescendi.* T. IV, p. 92 à 127 (Editio Lucæ, MDCCLXV).

Faber (A.), *Rationala*, passim. (Lugduni MDCLIX); — *De erroribus*, t. I, passim (Lugduni, MDCLVIII); *Conjecturarum jur. civ.* (Lugd. MDCLXI), p. 94, 54, 131.

Glasson, *Du droit d'acc. entre cohérit. et entre colég.* (Strasbourg, 1862).

Gravina, *Originum juris libri tres* (Venetiis, MDCCLVIII). Tom. I, p. 283 à 285, chap. LXI: de jure accresc.

D'Hauthuille, *Essai sur le dr. d'acc.* (Marseille, 1834), p. 1 à 152.

Heineccius, *Ad legem Juliam commentarius.* Tome III des œuvres. (Genevæ, 1777).

Holtius, *Observat. sur le dr. d'acc.* (Thém. T. IX, p. 245 et s.).

Krans (Jules), *Traité des droits d'Usuf. d'usage et d'habit. et de leur accroiss. entre colég. en dr. rom.* (Liège, 1869), p. 157.

Machelard, *Dissert. sur l'accroiss.* (Paris, 1860).

Maynz (Ch.), *Cours de dr. rom.* (4e édit. Bruxelles, 1877). T. III.

Merillius, *De jure accresc.* (Otto. T. IV, p. 1753).

Mulhenbruch, *Doctrina Pandectarum* (Halis Saxonum, MDCCCXL). Tome III, p. 490, § 790 (Cet auteur cite : Roshirt, Mayer, Husche, Baumeister, Schneider, Witte, Glück).

Mynsingerus, *Apotelesma, hoc est corpus scholiorum ad Instit. Just.*(Lugduni, MDXCIX). Au § Si eadem res. Inst. II, 20, p. 347 à 351.

Ortolan, *Explic. hist. des Inst.* (11e édit. par Labbé, 1880) P. 585, t. II.

Papillonius, *De Jure adcrescendi* (Otto. Thes. IV, p. 765).

Perezius, *Prælectiones in duodecim libros codicis.* Liv. VI, t. 51; tom. I, p. 562.

Pothier, *Ad Pandectas.* Liv. VII, t. 2; tom. IV et liv. XXX, XXXI, XXXII ; tom. XI et XII. Traduction Bréard en 24 vol.

Ramos del Manzano, *De jure accresc.* (Apud Meermann. Th. Tom. VII, p. 280 à 319).

Savigny, *Traité de dr. rom.* Traduct. Guénoux, 1843, 8 vol.

Schulting, *Notæ ad Digesta* (Lugduni Batavor., MDCCCIV). Sur le liv. VII, t. 2. Tome II, p. 241 à 245; et sur les liv. XXX, XXXI, XXXII. Tome V, p. 185 et s., et Supplém. Tome VII, pars 2, p. 987.

van Suerin, *Quæst. de Usuf. acc.* (Otto, Thes. IV, p. 98).

Vinnius, *Ad* § 8, l. II, t. 20, Inst., tome I, p. 487 et s. (Lugduni MDCCLXXVII.

Voet (Johannis), *Comment. ad Pand.* (Coloniæ Allobrog., MDCCLVII). In libro VII, 2; in lib. XXX, XXXI, XXXII, nos 59 à 64.

Warnkoenig (L.-A), *Instit. jur. privati.* Bonnœ. 1834. Liber secundus. Pars altera. Tit. IV, *de jure adcresc. inter legat.*, p. 266.

van Wetter, *Droit d'acc. entre colég.* (Bruxelles, 1866).

Wissembachi (Johannis Jacobi), *Commentarii ad Pandect.* (Editio tertia, 1661). Disputatio III de Leg. 3o, page 654.

Zoezius, *Comment. ad Pand.* (Editio Lovaniensis quarta, MDCCXVIII).
1° Sur le titre II, liv. VII, D., p. 189;
2° Et sur les liv. 30, 31, 32, chap. III : *de jure adcrescendi*, p. 545 à 550, nos 35 à 69.

II. — ANCIEN DROIT

Domat, *Lois civiles*. Liv. III, des Test., tit. I, sect. IX, Du droit d'acc. Œuvres complètes (T. II, p. 595). (Edit. J. Rémy, 1835).
de Ferrière (Claude Joseph), *Dict. de droit et de prat.* (MDCCLV). V° Acc., t. I, p. 18.
Furgole (J.-B.), *Traité des Testaments*. Ch. IX, t. III, (MDCCLXXV), p. 299 à 413.
Henrys (Cl.), *Du droit d'acc.* Liv. V, ch. IV. Quest. 57 et 58, tome III, p. 251 (5e édit., 1738).
Pothier, *Traité des Don. test.* Tom. 8, p. 321 (Edit. Bugnet, 1845).
Ricard, *Traité des Don. entre-vifs et test.* 3e part., ch. IV. *Du droit d'accroiss.* Sect 1 à 7, tom. I, p. 530 à 556 (MDCCXXIV).
de Royer (Prost), *Dictionn. de jurisp. et des Arr.* ou nouvelle édit. du dict. Brillon. V° Acc., t. II (Lyon MDCCLXXXII).

III. — DROIT ACTUEL

Arntz, *Cours de droit civil français*. T. II, p. 563 (2e édit., 1879, Bruxelles).
Aubry et Rau, *Cours de dr. civ.* T. VII, p. 529 (4e édit., 1875).
Baudry-Lacantinerie, *Précis de dr. civ.* T. II, p. 441 (3e édit., 1883).
du Caurroy, *Seconde lettre sur le traité d'Usuf. de Proudh.* Thémis., t. VI, p. 317 (1824).
Coin-Delisle, *Comment. analyt. du C. civ. Don. et Test.* P. 510 (2e édit., 1844).

Dalloz (Alph.), V° *Acc.* T. XVI, p. 1174 (1856).

Delvincourt, Sur 1044. T. II.

Demante, *Cours analyt. de C. Nap.*, continué par Colmet de S. Tom. IV, p. 383 (1858).

Demolombe, *Traité des donat entre vifs et des Test.* T. V, p. 315 (1865).

Duranton, *Cours de droit français.* T. IX, p. 486 (1829).

Favard de Langlade, *Rép. alp.* V^is^ *Acc. et Testam.* Tom. V, p. 581 (1824).

Fuzier-Hermann, *Rép. alph.* V° *Acc.* (1886).

Garnier, *Répert. génér. de l'enregt.* (1883). T. I, p. 170.

Grenier (J.), *Traité des don., des Test.* T. II, p. 232 (2^e^ édit., 1807).

d'Hauthuille, *Essai sur le dr. d'acc.*, p. 152 (Marseille, 1834).

Holtius, *Observat. sur le droit d'acc. entre légat.* (Thém. T. IX et X).

Laurent, Sur 1044 et 1045. T. XIV. *Principes de droit civil* (1875); Projet de révision du Cod. civ. 1883, t. III, p. 407.

Marcadé et Pont, *Elém. de dr. civ. franç.* T. IV, p. 142 (7^e^ édit. 1873).

Merlin, *Rép. alp.* V° *Accr.* T. I, p. 111 (Bruxelles, 1825).

Mourlon, *Droit civil.* T. II, p. 459 (10^e^ édit. revue par Demangeat, 1877).

Proudhon, *Usufruit.* T. II, p. 245 (Dijon, 1823).

Toullier-Duvergier, *Le dr. civ. franç.* T. III, p. 378 (6^e^ édit., 1830).

Troplong, *Dr. civ. expl.* T. IV, p. 330 (1875).

Vaugeois, *Revue crit.* 1868, t. XXXIII, p. 355.

INTRODUCTION

I. — Lorsqu'un testateur a fait un legs, l'objet de cette libéralité reste en principe à l'héritier, si le légataire ne peut le recueillir. La restriction apportée au droit de l'héritier disparaît. Si le testateur lègue un même objet à deux personnes, chaque légataire doit recueillir, autant qu'il est possible, la totalité de ce qui lui a été légué. Cet objet se partage donc en cas de concours, parce que les colégataires restreignent mutuellement leurs droits ; mais, si l'un d'eux fait défaut, par quelque cause que ce soit, l'autre le prend en entier, car l'obstacle qui s'opposait à l'exercice complet de son droit est supprimé. Le gratifié qui reste est l'ayant cause direct du testateur : il ne joint pas la part du défaillant à celle dont il a été honoré lui-même. « Ce qu'on appelle droit d'accroissement, dit un auteur éminent, c'est précisément cette plénitude d'effet rendue à sa vocation personnelle par le défaut de son colégataire (1). »

Le droit d'accroissement a pour but, non pas de donner au légataire plus qu'il ne lui a été attribué, mais, de ne pas lui donner moins. Il a pour base le respect de

(1) Accarias, *Ad* § 8, *de legat.*, Liv. II, tit. XX, Inst. (Tome I, page 957, n° 395).

la volonté du testateur qui a préféré les bénéficiaires à ceux qu'il a grevés de l'acquittement des legs. Il est la conséquence de ce que chacun des colégataires a droit à la chose entière. L'incapacité ou la répudiation d'un colégataire, ne peut produire au profit de son colégataire un droit qu'il n'avait pas d'après la disposition du testament. Pour recueillir le tout, il faut avoir vocation au tout, vocation qui ne peut se développer entièrement, si tous les gratifiés répondent à l'appel, *quia concursu partes fiunt*.

II. — Il faut, dès le début, distinguer le droit d'accroissement de la substitution, quoique le substitué paraisse prendre la part du premier appelé comme le légataire recueille la part de son colégataire défaillant : Dans la substitution, le second légataire n'est appelé qu'à défaut du premier ; ils ne concourent donc pas. Au contraire, dans un legs du même objet, fait conjointement à deux légataires, les deux légataires sont appelés en même temps : ils peuvent concourir. — La substitution s'adresse à la personne, elle confère un droit à une libéralité distincte ; l'accroissement se produit de portion à portion, il n'est que le développement de la libéralité primitive. — L'une est une disposition secondaire et expresse ; l'autre résulte de plein droit et tacitement de la conjonction objective, d'où il résulte : 1° que la substitution, à la différence du droit d'accroissement, a lieu au profit de l'appelé et non au profit de ses propres héritiers (1) ; 2° que la substitution est facultative et opère *cum onere*, depuis la constitution de Septime Sévère et de Caracalla (2) ; et qu'au contraire, la part

(1) L. 9, D. *De suis et leg. her.*, 38-16, *fr. Marcian.*
(2) L. 74, D. *de leg.* 1° XXX, *fr. Ulpien.*

vacante accroît *invito* et *sine onere*. Cette différence de principes subsiste, même sous Justinien, relativement aux légataires à qui un même objet a été légué *separtim* (*conjuncti re tantum*). Quant aux légataires *conjuncti re et verbis*, ils sont considérés comme des substitués, en tant du moins que la part défaillante leur accroît volontairement et *cum onere*.

III. — Le droit d'accroissement entre colégataires a la même base que le droit d'accroissement entre cohéritiers, savoir : l'identité de vocation. Mais, entre cohéritiers, la vocation au tout dérive de l'indivisibilité de l'hérédité qui ne peut être acquise pour partie : *neque enim idem ex parte testatus et ex parte intestatus decedere potest, nisi sit miles, cujus sola voluntas in testando spectatur* (1) ; entre colégataires, au contraire, elle résulte de la volonté expresse ou présumée du testateur. Nous aurons à rechercher à quels signes on pourra reconnaître cette intention. Dans ce but, nous distinguerons soigneusement, dans l'ancien droit, les quatre façons de léguer (*per vindicationem*, *per damnationem*, *sinendi modo*, *per præceptionem*).

IV. — L'étude du droit d'accroissement a toujours paru redoutable : « Le droit d'accroissement, dit Furgole (2), fourmille en difficultés ardues et subtiles, que les interprètes ont traitées et résolues diversement. Il n'est rien de plus facile que d'équivoquer dans cette matière et de prendre l'erreur pour la vérité, à cause de la diversité des lois qui semblent décider le pour et le contre. »

Suivant M. Demolombe (3), « l'accroissement entre

(1) § 5, *De hered. inst.*, Inst., II, 14.
(2) Furgole, *Traité des testaments*, ch. IX, n° 1, p. 306.
(3) Demolombe, *Don. et Test.*, n° 363, t. V, p. 328.

légataires est, en effet dans l'histoire de la législation romaine, d'où il tire son origine, l'une des matières du droit privé, qui ont subi peut-être le plus de vicissitudes, et ressenti le plus profondément l'influence des principes politiques qui ont présidé au gouvernement de l'État. »

« La matière de l'accroissement était devenue, sous la plume des interprètes, un assemblage de subtilités, telles que les plus profonds jurisconsultes, entre autres Cujas, avaient désespéré de porter la lumière dans ce chaos (1). »

« Il n'y a pas de matière plus simple, il n'y a pas de matière plus confuse que celle de l'accroissement. Elle est simple en elle-même, elle est devenue difficile par les regrettables dispositions que le législateur a cru devoir emprunter à la tradition (2). »

V. — « Pour bien développer cette matière, et former des résolutions exactes, il faut connaître l'histoire du droit d'accroissement, son introduction, son progrès, ses variations, les différentes distinctions que l'on faisait dans le droit ancien, le changement que produisit la loi Papia et le dernier état de la jurisprudence sur le droit d'accroissement (3). »

Jetons un coup d'œil rapide sur ces différentes étapes que nous essayerons de franchir pour arriver aux articles 1044 et 1045 qui sont le siège de la matière en droit français.

VI. — Dans l'ancien droit romain, c'est l'intention du testateur exprimée par la formule qui sert de base à l'ac-

(1) Dalloz, v° *Accroiss.*, t. XVI, n° 4395, p. 1174.

(2) Labbé, *Note sous l'Arr. Ch. Req.* 18 *juin* 1878. (S. 79, 1, 193).

(3) Furgole, *Des Test.*, n° 1, ch. IX.

croissement; c'est de la vocation solidaire à la totalité, indépendamment de l'unité ou de la diversité du langage que découlent toutes les solutions si logiques des grands jurisconsultes de Rome, dont l'ensemble forme, comme on l'a dit avec raison « un des monuments les plus remarquables de l'activité intellectuelle et du génie juridique des Romains (1). » A cette époque, il n'y avait pas encore d'intérêt comme sous les lois caducaires, à distinguer diverses sortes de conjoints : l'accroissement ne dépendait pas de la conjonction ou de la disjonction, mais de la forme du legs et de la nature du droit conféré. Le droit d'accroissement était admis dans les legs de propriété (*per vindicationem*) et rejeté dans les legs de créance (*per damnationem*). Il reposait sur la solidarité de vocation de plusieurs à un même objet, et l'étendue de la vocation dépendait de la volonté du testateur.

VII. — A l'époque d'Auguste, « la cité, dépeuplée par les guerres et les proscriptions, était menacée de se dépeupler encore plus par le mépris de l'institution qui donne les citoyens à l'État (2). » « Les discordes civiles, les triumvirats, les proscriptions affaiblirent plus Rome qu'aucune guerre qu'elle eût encore faite : il restait peu de citoyens, et la plupart n'étaient pas mariés (3). »

(1) Van Wetter, *Dr. d'acc. entre colég.*, p. 22.

(2) Troplong, *De l'influence du Christianisme sur le dr. civ. des Romains*, page 170. Paris 1843.

(3) Montesquieu, *Esprit des Lois*, liv. XXIII, ch. XXI. — Dion Cassius, liv. LVI, § 10 (T. VIII de la traduction Gros et Boissée 1861, p. 31), rapportant dans quelles circonstances singulières fut portée la loi Papia, nous donne le renseignement suivant : « La loi Papia Poppæa fut portée par les consuls M. Papius Mutilus et Q. Poppæus Secundus, qui étaient en charge durant cette partie de l'année. Par un effet du hasard, ni l'un ni l'autre n'avait, je ne dis pas d'enfants, mais même de femme, ce qui fit comprendre la nécessité de cette loi. »

Pour remédier à l'épuisement de la population et aussi à la pénurie du trésor public, les lois caducaires furent édictées, accordant aux *patres* inscrits dans le testament, le droit de revendiquer les parts enlevées aux légataires incapables ou défaillants. Récompenses de la paternité, peines du célibat, tel fut le double caractère des lois juliennes (1). Elles introduisirent à côté du *jus accrescendi*, la *caducorum vindicatio*, mode d'acquérir *ex lege*, qui repose sur la volonté arbitraire du législateur et qui restreint les cas d'application du droit d'accroissement. Dans la dévolution des parts caduques, l'ordre suivi était celui-ci : les colégataires *patres* préférés aux héritiers *patres ;* les héritiers *patres* à défaut de colégataires conjoints ayant des enfants ; les légataires *patres ;* le fisc, *velut parens omnium* suivant l'expression de Tacite (2). C'est alors qu'on a distingué le legs fait *conjunctim*, du legs fait *disjunctim*, et, qu'on a préféré, en s'attachant aux termes précis de la loi et en prenant le mot conjonction au pied de la lettre, les légataires conjoints par la formule, aux légataires conjoints par l'objet (L. 89, *fr. Paul. De leg.*

(1) Chacun connaît les vers que Juvénal fait dire à un amant qui se prévaut auprès de sa complice, des services qu'il rend à sa paternité.

Jam pater es ; dedimus quod opponere possis.
Jura parentis habes ; propter me scriberis hœres,
Legatum omne capis, necnon dulce caducum.

(Sat. IX, v. 82.)

« De quoi te plains-tu, ingrat ? te voilà père ; c'est moi qui te vaux les *jura parentis*. C'est par moi que tu pourras être institué héritier. Tu recueilleras et les legs qui te seront faits et le doux émolument des caduques ». Troplong, *Influence du Christ.*, p. 176.

Si le mari n'eût pas eu d'enfant, il n'aurait pu recueillir sa libéralité en entier et il n'aurait pu exercer le *jus caduca vindicandi*.

(2) Tacite, *Ann.*, l. III, ch. XXVIII.

3°, 32). Ce texte doit s'entendre du droit de préférence accordé par les lois nouvelles aux colégataires *patres* sur les héritiers ou légataires *patres* et montre que l'avantage de la préférence dans la revendication des parts caduques fut attaché à la force de la conjonction.

VIII. — Dans une dernière période, Justinien achève l'œuvre de Caracalla et de Constantin qui avait supprimé les peines de l'*orbitas* et du célibat. Il efface par une constitution célèbre de l'année 534 (1), jusqu'aux dernières traces de ces lois impopulaires qui violaient la liberté des testateurs, et il rétablit le droit primitif d'accroissement, tout en le modifiant, et sans savoir « se dégager entièrement de ce langage importun et presque ridicule des conjoints *re et verbis*, *verbis tantum*, *re tantum* » (2). Il distingue entre le *jus accrescendi* fondé sur une sorte de substitution tacite et le *jus non decrescendi* fondé sur l'appel solidaire, accordant le premier aux *conjuncti re et verbis* et le second aux *conjuncti re tantum;* de sorte que ceux qui étaient écartés (*conjuncti re tantum*) dans la période antérieure, sont précisément ceux qui sont vus avec le plus de faveur par le législateur du Bas-Empire. Cette différence plus ou moins fondée, établie entre les deux conjonctions *re et verbis* et *re tantum*, entre le *jus accrescendi* et le *jus non decrescendi*, conduit Justinien à en admettre une autre au point de vue de la transmission des charges : le légataire restant est libre de recueillir tout le legs, en accomplissant les charges, ou, de s'en tenir à sa part primitive, en cas de conjonction *re et verbis;* il recueille le legs for-

(1) L. *un.* C. *De Cad. toll.*, 6, 51.
(2) Labbé, *Note sous l'arr.* 18 *juin* 1878 (S. 79, 1, 193).

cément, mais sans être tenu des charges du défaillant, en cas de conjonction *re tantum*.

IX. — Les anciennes Ordonnances sont muettes sur le droit d'accroissement. Le droit romain passe dans les pays de droit écrit et dans les pays de coutumes. Parfois cependant, les illustres représentants de la jurisprudence française qui ont écrit sur le droit d'accroissement : Govea, Duaren, Mérille, Papillon, Cujas, Doneau, Furgole, Ricard, acceptent par mégarde, comme règles de l'accroissement, des règles qui ne concernent que le *jus caduca vindicandi*, imitant, sur ce point, Tribonien qu'on accuse d'avoir mis trop de précipitation à faire le Recueil des Pandectes (1). L'erreur des premiers trouve son excuse dans cette circonstance qu'ils étaient privés d'un document important (*les Institutes de Gaius*) découvert seulement au commencement de notre siècle ; celle du second, par ce fait que le *jus caduca vindicandi* était tombé en désuétude bien avant Justinien. Dès lors, il ne vit que des règles du droit d'accroissement dans les écrits des vieux jurisconsultes, là où ceux-ci traitaient du *jus caduca vindicandi*.

Nos interprètes reconnaissent pour base du droit d'accroissement l'intention présumée du testateur. Ils admettent sans difficulté le bénéfice de l'accroissement en cas de conjonction *re et verbis* et *re tantum*. Mais s'agis-

(1) « Ce qui a donné sujet au plus habile des interprètes, Cujas, *ad titul.*, 24, Ulpien, d'accuser de stupidité ou de négligence ceux qui furent chargés de tirer des livres des anciens jurisconsultes, les extraits qui composent le Digeste, pour n'avoir pas su retrancher de ces extraits ce qui était aboli de l'ancien droit, et pour avoir par là laissé en divers endroits, des textes contraires à d'autres qu'ils ont recueillis. » — Domat, *Lois civ.*, liv. III. *Des Test.*, t. I, sect. IX, préamb. (t. II, p. 603, édit. Rémy).

sant de la conjonction *verbis tantum,* l'accord n'existe plus. Les uns, tels que Duarenus (1), Menochius (2), surnommé le Cujas d'Italie, Perezius (3) Vinnius (4), enseignent que le droit d'accroissement doit avoir lieu dans la conjonction purement verbale ; d'autres, v. g. Cujas (5), Voet (6), Ricard (7), Domat (8), Furgole (9), Pothier (10), s'élèvent contre le droit d'accroissement dans le même cas. Mais d'une part, les premiers n'ont jamais admis que le droit d'accroissement dût avoir lieu dans toute espèce de conjonction verbale, par exemple, dans le cas où le testateur aurait dit: Je lègue à Primus la moitié et à Secundus l'autre moitié du fonds Cornélien, car la solidarité fait absolument défaut; d'autre part, la majorité des seconds n'a jamais rejeté indéfiniment le droit d'accroissement: Ils distinguent suivant que l'assignation de parts se réfère à la disposition ou à l'exécution, et reconnaissent le droit d'accroissement dans ce dernier cas. « De sorte que, dit Proudhon (11), deux thèses qui se présentaient au premier coup d'œil, sous un sens diamé-

(1) Duarenus, liv. I, ch. x (vol. 4, p. 103).

(2) Menochius, *Præsumpt., lib.* 4. *Præsumpt.* 159. (Cité par Proudh. *Usuf.*, t. II, *note* 2, p. 197).

(3) Perezius, *Ad codicem*, tit. *de cad. toll.*, (VI-51), n° 12 (T. I, p. 565).

(4) Vinnius, Sur le § 8, Inst., *de legat.*, liv. II, t. XX, n^{os} 14, 15, 16 (T. I, p. 491).

(5) Cujas, *Observ.*, liv. XV, ch. IV, (t. III, p. 394, L. E.) et liv. XXIV, ch. XXXIV (T. III, p. 662, L. B. C.).

(6) Voet, Tit. *de legat.* D. XXX, XXXI, XXXII, n° 61 (T. II, p. 349).

(7) Ricard, *Donat.*, 3^{e} part., ch. IV, sect. III, n° 471 (T. I, p. 538).

(8) Domat, *Lois civ.*, liv. III, tit I, sect IX, n^{os} 11 et 13 (T. II, p. 608 et 609, édit. Rémy).

(9) Furgole, *Des testam.*, ch. IX, n^{os} 18 et s. (T. III, p. 316).

(10) Pothier, *Don. test.*, ch. VI, sect. V, § 4, n^{os} 347 à 351 (T. 8, p. 325).

(11) Proudhon, *Usuf.*, t. II, n° 660, p. 211.

tralement opposé, venaient cependant se réunir dans des points communs de controverse. »

X. — Enfin, dans le but de simplifier la législation, les rédacteurs du Code édictent les articles 1044 et 1045, et admettent que le principe du droit d'accroissement, c'est le concours de plusieurs légataires à qui une même chose a été léguée conjointement. Chacun ne pouvant recueillir la totalité, un partage devient nécessaire par suite du concours. Mais en l'absence de concours, la portion devient libre et profite aux autres. Le droit d'accroissement repose donc sur la volonté du testateur, donnant éventuellement le tout à chacun; dès lors, le droit d'accroissement cesse, si des parts sont assignées. Les articles précités établissent certaines présomptions, légales destinées à interpréter la volonté du disposant, quand il ne l'a pas fait connaître ouvertement. L'accroissement est reconnu au profit de ceux qui sont conjoints, qui ont vocation solidaire à la chose toute entière, c'est-à-dire : 1° au profit des conjoints *re et verbis ;* 2° au profit des conjoints *re tantum,* mais seulement si la chose léguée n'est pas susceptible d'être divisée sans détérioration; cette circonstance d'indivisibilité suppléant en quelque sorte à la faiblesse de la conjonction.

Les rédacteurs du Code pensent faire une saine application de l'ancienne théorie du droit d'accroissement et la résumer très clairement (1). Nous aurons à vérifier cette assertion et à voir si ces articles ne sont pas « plus gênants qu'utiles dans une matière où la volonté du testateur doit être observée, où la justice devait avoir toute latitude pour rechercher cette volonté (2). » « Est-il pos-

(1) Fenet, t. II, p. 709, et t. XII, p. 612.

(2) Labbé, *Note sous l'arr. de Cass. Ch Req.*, 18 *juin* 1878 (S. 79, 1, 193).

sible, en effet, de décider des questions d'intention par des règles générales absolues et portées ainsi *a priori?* C'est par le contexte des testaments, par l'ensemble des faits que de pareilles questions peuvent se juger (1). »

Mais disons en terminant que les règles posées dans les articles 1044 et 1045, n'ont rien d'absolu, et que l'on peut invoquer la volonté du défunt contre elles, de sorte que, dans l'accroissement, le fait l'emporte sur le droit.

XI. — Ces différentes phases de la législation nous fournissent le plan de ce sujet important et toujours difficile, malgré les remarquables travaux auxquels il a donné lieu.

Nous examinerons le droit d'accroissement entre colégataires (de propriété, puis d'usufruit).

I. — EN DROIT ROMAIN

1. — Dans l'ancien droit.
2. — Sous les lois Julia et Papia Poppœa.
3. — Sous Justinien

II. — DANS L'ANCIEN DROIT FRANÇAIS

III. — D'APRÈS LE CODE CIVIL

(1) Marcadé, t. IV, page 150, n° 2.

DROIT ROMAIN

PREMIÈRE PARTIE

DE L'ANCIEN DROIT D'ACCROISSEMENT

CHAPITRE PREMIER

CAUSES DE DÉFAILLANCE D'UN LEGS. — FONDEMENT DE L'ANCIEN DROIT D'ACCROISSEMENT

§ 1. — *Comment un legs peut-il faire défaut?*

Un legs peut faire défaut de plusieurs façons. La nullité du testament entraîne celle du legs. Or, il y a des causes qui font que le testament est nul *ab initio*, d'autres qui le rendent nul par la suite.

Trois causes rendent le testament *injustum*, *imperfectum* : *a*. L'inobservation des formes du testament ; *b*. le défaut de *factio testamenti* ; *c*. l'invalidité de l'institution d'héritier.

Il y a aussi des causes qui rendent le testament nul après coup.

a. Le testament peut être rompu (*ruptum*) dans deux cas.

1er Cas. — Par l'agnation ou la survenance, après le testament, d'un héritier sien ni exhérédé, ni institué. — Ce peut-être un posthume sien, un adopté ou un adrogé, et autrefois la femme *in manu*, le fils retombé en puissance de son père, à la suite d'une ou deux mancipations, ou soumis à la puissance paternelle par l'*erroris causæ probatio* (G., II, 139-144).

A l'origine, la survenance d'un posthume sien annulait le testament ; mais, ce principe fut modifié, et l'institution ou l'exhérédation furent permises. — La prétérition des *sui heredes*, filles et descendants au-delà du premier degré, augmentait le nombre des héritiers institués, *scriptis heredibus adcrescere* (S. P., liv. III, t. 4; §8; Ulp., R., XXII, 17) ; mais ce n'était pas là un accroissement véritable. Mais il ne fut pas permis d'instituer ou d'exhéréder l'enfant qu'on devait adopter (G., II, 140). Cependant, des jurisconsultes croyaient l'institution, mais non l'exhérédation, permise dans ce cas (L. 18, D., *De inj. rupt. irr.*, 28, 3, *fr. Scævol*).

2e Cas. — Par la confection d'un nouveau testament. — Le premier testament sera révoqué si le second est fait conformément aux règles du droit, et alors même qu'il ne produirait pas effet par suite du défaut d'héritier ; car, il aurait pu en donner un. Le testateur peut détruire matériellement son testament, ou faire une déclaration publique devant trois témoins, dans les termes de la loi 27, C. *de Testam.* (VI, 23, *Justin.*, 530.)

b. Le testament peut être *irritum*. — Le testateur a manifesté ses dernières volontés ; puis, il subit la *capitis deminutio :* il perd la *factio testamenti* qui doit exister, d'après le droit civil, du moment de la confection jus-

qu'à la mort du testateur ; aux deux points extrêmes, d'après le droit prétorien et les constitutions impériales. Les soldats, sur ce point comme en beaucoup d'autres, jouissent de privilèges spéciaux (§ 5, Inst. *De mil, test.*, II.-11).

c. Enfin le testament peut être *desertum* ou *destitutum.* — C'est le cas où l'héritier ne fait pas adition d'hérédité. Souvent en effet, il préférait venir à la succession *ab intestat* pour ne pas payer les legs, mais cette fraude fut déjouée et l'héritier institué dut acquitter les legs lors même qu'il ne venait qu'*ab intestat.* — La charge du legs passera à d'autres personnes dans plusieurs cas. Par exemple : si l'héritier grevé a un substitué : à partir de Septime-Sévère, le substitué succède avec charges (L. 74, *de leg.* 1°. *fr. Ulp.* et L. 61, § 1. *de leg.* 2°. *fr. Ulp.*) ; de même sous Justinien, à moins qu'il ne s'agisse de charges purement personnelles (L. 1, § 1. *de Cad toll.* VI, 51) ; — si le cohéritier acquiert la part défaillante par droit d'accroissement (L. 61, § 1, D. *De leg.* 2°. *fr. Ulp.*) ; — si le fisc recueille, *lege Juliâ*, la succession en déshérence (L. 96, § 1, D. *De leg.* 1°, XXX, *fr. Julianus*) ; — enfin, si le testament est annulé comme inofficieux. (*Nov.* 115, *ch.* III, § 14 avant dernière ph.).

Le legs est encore nul quand le testament ou le codicille où se trouve le legs, est nul pour cause d'erreur, dol ou violence. Il en est de même en principe, si le légataire n'a pas la *factio testamenti passiva ;* ou si la prestation est impossible : v. g. parce que la chose est hors du commerce ; ou si le legs est nul par application de la règle Catonienne.

Un legs peut devenir nul : en cas de concours de deux

causes lucratives : *nam traditum est, duas lucrativas causas in eumdem hominem et in eamdem rem concurrere non posse* (§ 6, Inst. II, 20.) ; en cas de décès du légataire ou d'incapacité survenus avant le *dies cedit* (L, 5. *pr. Quando dies leg.*, XXXVI, 2, *Ulp.*) ; si le légataire refusele leg ; si la condition à laquelle est subordonnée la libéralité vient à défaillir ; si le légataire est indigne ; si le legs est révoqué ; si l'objet du legs est perdu ou éteint.

En résumé : un legs peut être nul dès le principe, parce que, au moment de la disposition, le légataire était mort ou incapable : le legs est alors non écrit (*pro non scripto*) ; ou bien être valable *ab initio*, mais le légataire peut manquer à son legs, s'il meurt ou devient incapable, avant le *dies cedit*, ou s'il refuse la libéralité : le legs est *irritum*, *destitutum*. Enfin le legs peut être enlevé pour cause d'indignité (*ereptorium*).

Que deviennent les legs ainsi infirmés ? C'est cette question qui doit maintenant nous préoccuper.

Le cas d'indignité est régi par des règles spéciales et l'objet du legs est dévolu au fisc. — Si l'objet du legs est perdu, il est évident qu'il ne profite à personne. — Dans les autres hypothèses, si le testateur s'est expliqué, sa volonté fait loi ; sinon, on suit la règle qu'en principe, le legs non recueilli demeure à l'héritier. Il se trouve libéré d'une charge qui lui incombait. Mais une circonstance particulière peut modifier cette règle, lorsque deux légataires ont reçu du testateur une vocation semblable à la même chose. En cas de concours, il y a lieu à partage ; mais, si l'un fait défaut, sa part doit profiter à l'autre, et non à l'héritier, dont la situation n'était pas aggravée, par la présence des deux légataires. C'est là le droit d'accroissement ou plus exactement de

non-décroissement, puisque le colégataire accru est l'ayant cause direct du testateur qui lui avait attribué le tout.

On peut le définir : le droit de prendre ou de retenir la part de celui qui la refuse ou ne peut la prendre.

On appelle colégataires (*collegatarii*) tous ceux à qui une même chose a été léguée par un même testament.

§ 2. — *Quel est le fondement du droit d'accroissement dans les legs ?*

Il a pour base l'identité de vocation. L. 80, D. *De leg.* 3°, XXXII : *Conjunctim heredes instituti, aut conjunctim legari, hoc est: totam hereditatem et tota legata singulis data esse, partes autem concursu fieri.* A ce texte de Modestin, on peut joindre celui d'Ulpien : *Totiens jus adcrescendi esse, quotiens in duobus, qui solidum habuerunt, concursu divisus est* (F. V. 79).

Mais cettte identité de vocation d'après laquelle le colégataire recueille le tout, non pas en vertu d'un droit nouveau, mais en vertu de son droit primitif recevant tout son développement, a elle-même sa source dans la volonté du testateur manifestée d'une façon solennelle et légale au temps des formules des legs. Dans les fidéicommis, la volonté simple suffit. Cette solution qui résulte de la comparaison des textes (U. R. XXV. 1 et XXIV. 1, 12, 13) est aussi en harmonie avec l'ensemble du droit romain où la forme joue souvent un rôle si important, par exemple: dans la stipulation (L. 2, § 3, D., *De dol. mal.* XLIV. 4. *fr. Ulp.*; L. 36, D., V. O. XLV. 1. *fr. Ulp.*); dans l'acceptation d'une succession en termes formels (G. II, 166, 167); la révocation d'un legs. Si le testateur voulait empêcher l'accroissement de se pro-

duire dans un legs, il ne le pouvait qu'en employant certains termes, par exemple : *deficientis portionem alteri non do, non lego.* Il ne suffisait pas de dire *portionem deficientis non adcrescat,* car l'accroissement résulte de la forme, de la disposition, il est forcé: vouloir le détruire, c'est vouloir révoquer le legs pour partie; or, la révocation d'un legs ne peut avoir lieu que dans la forme où il a été fait (U. R. XXIV. 29) sauf l'exception de dol qui pourra être accordée par le préteur. De même les aliénations, la procédure, les affranchissements étaient soumis à des formalités légales.

D'autre part, à la même époque où on distinguait quatre façons de faire un legs, le droit d'accroissement avait lieu forcément et sans charges. C'est dire qu'on ne tient pas toujours un compte exact de la volonté du testateur. En effet, dans un legs fait *conjunctim,* il est possible que le testateur ait voulu que l'accroissement fût facultatif et avec charges, solution, du reste, consacrée plus tard par Justinien dans sa célèbre constitution; de même a-t-il toujours entendu donner à l'un la valeur de la chose, à l'autre l'estimation, lorsqu'il fait un legs *per damnationem?* On ne se préoccupe pas de ce point, on déduit seulement logiquement les conséquences de la formule employée (1).

(1) Holtius. *Thém.*, t. IX, *Observ. sur le dr. d'acc.* Van Wetter, p. 22.

CHAPITRE II

DE L'ACCROISSEMENT DANS LES LEGS DE PROPRIÉTÉ ET DE CRÉANCE

I. — Legs *per vindicationem.* — Une même chose peut être léguée à plusieurs de deux manières : par une même phrase (*conjunctim*). Ex. : *Titio et Seio hominem Stichum do, lego;* ou par des phrases distinctes (*disjunctim*). Ex. : *Lucio Titio hominem Stichum do lego, Seio eumdem hominem, do lego* (G. II, 199; — R. U. XXIV, 12). Nous rencontrons ici l'identité de vocation qui résulte du défaut d'assignation de parts. La chose entière a été léguée à chacun et la propriété leur en a été transférée en totalité. Si les deux légataires viennent ensemble, ils doivent partager, mais à cause de leur concours seulement : *in solidum habuerunt, concursu divisus est* (L. 3, *pr.* D. *de Usuf. adcres.*, VII. 2). C'est la volonté tacite du testateur qui ne peut conférer au même moment, un même droit de propriété, sur une même chose à deux personnes différentes. Mais si le concours cesse, celui qui reste garde l'objet en totalité, *jure non decrescendi potiusquam jure accrescendi.*

Il n'y aurait pas d'accroissement, si les légataires étaient unis seulement par la formule (*verbis tantum*), car chacun a un droit séparé qui reste tel, quoiqu'il arrive par la suite.

II. — Legs *per damnationem*. — La nature de ce legs s'oppose à tout accroissement, car il n'y a jamais identité de vocation. En effet ce legs peut être fait *conjunctim* ou *disjunctim*. Or s'il est fait *conjunctim : heres meus, fundum Cornelianum, Titio et Seio dare damnas esto*, les légataires n'ont pas un droit de propriété, mais un droit de créance contre l'héritier ; or, d'après un principe constant, les créances actives ou passives se partagent de plein droit. Titius n'a vocation qu'à la moitié de la créance du fonds et Séius à l'autre moitié comme si le testateur avait partagé le fonds d'une façon formelle. Le résultat est le même que si le disposant avait ajouté une clause d'assignation de parts dans un legs de propriété (*per vindicationem*) : *Si tamen per damnationem ususfructus legetur, jus adcrescendi cessat ; non immerito, quoniam damnatio partes facit* (F. V. 85). Si le legs est fait *disjunctim : heres meus hominem Stichum Seio dare damnas esto ; heres meus hominem Titio dare damnas esto;* il a encore pour objet un droit de créance ; mais, chaque légataire est créancier de la chose entière : Stichus est dû à chacun, comme si une même chose avait été stipulée par deux créanciers; de sorte que l'héritier devra fournir à l'un la chose même, à l'autre son estimation. « *Si eadem res duobus pluribus ve per damnationem legata sit, si quidem conjunctim, plane singulis partes debentur, sive omnes veniant ad legatum, sive non ; si vero disjunctim, singulis solida res debetur, ut scilicet heres alteri rem, alteri æstimationem ejus præstare debeat. Et in conjunctis, deficientis portio non ad collegatarium pertinet, sed in hereditate remanet.* » (G. II, 205 ; U. R. XXIV, 13.)

Nous rencontrons ainsi une différence entre le legs *per*

vindicationem et le legs *per damnationem*. Quel est son motif? et comment la règle *damnatio partes facit*, s'est-elle établie ?

La différence qui existe entre les deux sortes de legs tient à la nature de l'objet légué. En effet, le legs *per vindicationem* confère un droit de propriété, et le legs *per damnationem* un droit de créance.

Cela posé, lorsqu'un legs est fait *per damnationem disjunctim*, chacun a droit à la totalité de l'objet, car chacun est créancier du tout. Rien ne s'oppose donc à ce que l'héritier soit obligé plusieurs fois à payer l'objet du legs ; il peut du moins être tenu de livrer à l'un la chose en nature et de payer à l'autre son estimation. Le premier legs forme une obligation, le second en forme une autre indépendante. On peut concevoir des créances multiples, à l'égard du même objet : v. g. Je promets à Primus le fonds A, je puis promettre ce même fonds à Secundus : *alia atque alia erit obligatio* (*pr.* Inst. *de duob. reis*, III, 16). Mais au contraire, on ne peut se représenter un droit de propriété multiple : *Uni duo pro solido heredes esse non possunt* (L. 140, § 1, R. J. *fr. Paul*). Lorsque le testateur a légué *per vindicationem disjunctim*, un même objet à Primus et à Secundus, les droits des légataires, quoique conférés par des dispositions séparées, portent tous sur ce même objet. Dès lors, le concours donne lieu au partage et la défaillance de Primus profite pour la totalité à Secundus.

Passons maintenant au cas où la libéralité est faite *conjunctim*. Pourquoi le droit d'accroissement existe-t-il dans un legs *per vindicationem* fait *conjunctim ?* pourquoi n'a-t-il pas lieu dans un legs *per damnationem* fait de la même façon? Quelle est la raison d'être de cette

différence et quelle raison donner de la règle *damnatio partes facit ?* A ne considérer que les termes des legs, *Titio et Mævio fundum Cornelianum do lego; heres meus damnas esto dare Titio et Mævio fundum Cornelianum*, il semble qu'on eût pu tout aussi bien admettre la règle inverse. Plusieurs explications ont été essayées sur ce point délicat, nous nous en tiendrons à la suivante.

Si au moment du transfert de propriété, c'est-à-dire à l'adition d'hérédité dans un legs pur et simple (G. II, 195) le légataire est seul, on s'explique qu'il recueille l'intégralité du legs, parce que la libéralité faite à son colégataire est censée n'avoir jamais existé, et, celui qui recueille est censé avoir été propriétaire *ab initio : retro accrevisse dominium ei videtur* (L. 17, § 1, *ad leg. Aquil., fr. Ulp.*, IX, 2; et L. 35, *fr. Ulp.* h. t.). Ce legs est *pro non scripto*. D'autre part cette portion défaillante ne reste pas dans l'hérédité, parce que le légataire conjoint a été préféré à l'héritier. Enfin la forme *per vindicationem* indique que le testateur a entendu conférer un droit immédiat sur la chose, qui peut s'exercer sans l'intermédiaire de l'héritier. Mais quand un legs est fait *per damnationem conjunctim*, il n'y a pas lieu à accroissement et chaque légataire est réduit à une part déterminée, parce que la créance se divise *ab initio : Si conjunctim res legetur, constat partes ab initio fieri : nec solum hi partem faciunt, in quorum personâ constitit legatum, verum hi quoque, in quorum personâ non constitit legatum : utputa si Titio, et servo proprio sine libertate* (L. 34, § 9, *fr. Ulp.* et L. 16, *pr., fr. Pomp., de leg.* 1°, XXX). L'héritier est tenu divisément, comme en vertu d'une condamnation, de telle sorte que la défaillance d'un légataire, son créancier, doit lui profiter. C'es le sens de la maxime:

damnatio partes facit. — Quelle est son origine ? Dans les premiers siècles de Rome, les testaments se faisaient par voie de *mancipatio,* c'est-à-dire par une sorte de vente et les legs étaient comme des conditions accessoires de la vente : *Amico familiam suam, id est, patrimonium suum mancipio dabat, eumque rogabat, quid cuique post mortem suam dari vellet. Quod testamentum dicitur per æs et libram, scilicet quia per mancipationem peragitur* (G. II. 102). Le testament prenait dès lors la physionomie d'un contrat, d'un acte entre vifs dont on suivait les règles, au point de vue de l'acquittement des charges. Or, une obligation se divise activement et passivement, de plein droit et *ab initio.* En cas de condamnation, l'action *judicati* n'est donnée que pour une part virile, *pro portione virili ex causâ judicati conveniri* (L. 43. *De re jud.* XLII, 1*); viriles partes debere* (L. 10, § 3. *De appel. et relat.*, XLIX, 1). Dès lors l'héritier était obligé divisément à l'égard de chaque légataire et il profitait de leur défaut. Il n'y a pas de solidarité et le tout n'est pas dû à chacun.

Reste une objection. Pourquoi ces principes ne furent-ils pas étendus au legs *per vindicationem ?* Le voici : A l'origine, il n'y avait que des legs *per damnationem,* c'est-à-dire des legs d'obligation. Ce qui se conçoit, puisque la *mancipatio familiæ* n'était qu'une sorte de vente. Or, la vente, en droit romain, ne transfère pas la propriété : elle ne donne lieu qu'à une obligation, ce qui expliquerait, en passant, suivant certains auteurs, pourquoi la vente de la chose d'autrui était valable dans cette législation (1). On pourrait dire peut-être, que le

(1) La véritable raison qui explique le droit romain est que la chose d'autrui est dans le commerce. Etant dans le commerce, elle peut faire l'objet d'un contrat.

testateur eût pu manciper directement tel objet à telle personne, tel objet à telle autre. Oui, mais ces dispositions n'eussent pas été des legs se rattachant au testament, mais des ventes ordinaires.

Puis, quand la *mancipatio familiæ* cessa d'être en usage pour faire le testament *per æs et libram*, apparurent les legs *per vindicationem* ou de propriété. Les premiers furent cependant maintenus avec leurs effets primitifs, dans un but d'utilité pratique. Dans le legs *per damnationem*, le légataire ne recevait jamais sa libéralité directement du testateur. En effet, Gaius (II, 102-108) ne mentionne jamais la présence du légataire dans le testament. Au contraire, dans le legs *per vindicationem* (1).

Un jurisconsulte (2), enlevé trop tôt à la science, explique la différence qui existe entre le legs de propriété et le legs d'obligation, en disant que la propriété ne se conçoit partagée que si elle l'est réellement : « On ne peut concevoir de division d'un droit réel, d'un droit de propriété, par exemple, que par la division de la chose qui en est l'objet, par une assignation de parts, par le cantonnement du droit de chacun des copropriétaires sur une portion ; tandis, au contraire, que pour la division du droit personnel, il n'est nullement besoin d'une assignation de parts sur la chose qui en est l'objet médiat et éloigné. » Mais on peut répondre « que la propriété est un droit parfaitement divisible et qui peut reposer à la fois sur plusieurs têtes ; seulement il n'y a en pareil

(1) Machelard, p. 22-25.
Van Wetter, p. 70, n° XXXVIII.
(2) D'Hauthuille, p. 49.

cas qu'une division intellectuelle (1) ». V. g. la tradition faite à deux personnes les rend propriétaires indivis, de même la *mancipatio* ou la *cessio in jure*. Eh bien ! de même que la propriété peut se transférer divisément, de même le legs a cette vertu, et il en est ainsi en cas de concours.

Ainsi, d'après les jurisconsultes romains, le droit d'accroissement n'a pas lieu dans le legs *per damnationem* fait *conjunctim*, par application de la règle suivant laquelle les créances conjointes se partagent *ipso jure;* il n'a pas lieu non plus dans le legs *per damnationem* fait *disjunctim*, parce qu'il y a autant de créances que de dispositions. Mais on peut remarquer que la situation n'est pas tout à fait la même dans les legs que dans les obligations. En effet, ce n'est pas au moment du testament que chacun des légataires devient créancier, ce n'est qu'au moment de l'adition par l'héritier. Or, l'un des légataires refusant sa libéralité, pourquoi ne pas l'accorder à l'autre? Le maître seul capable acquiert bien le bénéfice entier de la stipulation faite par un esclave commun ; de même si Primus a stipulé pour lui et pour un tiers, la stipulation dans l'opinion des Sabiniens, est bien valable pour le tout à l'égard du stipulant, l'adjonction du tiers étant considérée comme non avenue (G. III, 103) (2). Mais, nous l'avons dit, ce n'est pas là le système des Romains.

III. — Legs *sinendi modo*. — Ce legs présente une grande analogie avec le legs *per damnationem*. La for-

(1) Machelard, p. 19.
(2) Id., p. 22.

mule est à peu près la même dans les deux cas, et n'admet pas le droit d'accroissement.

Si le legs est fait *conjunctim*, la créance est réputée se partager de plein droit. Aussi on applique la maxime : *damnatio partes facit : Idemque, et si sinendi modo fuerit legatus ususfructus* (§ 85, F. V.).

Si le legs est fait *disjunctim*, une grave controverse (*major dissensio*) existe entre les jurisconsultes, sur le point de savoir combien de fois sera dû l'objet du legs. Lorsque l'héritier aura payé le legs en nature, pourra-t-il encore être tenu de le payer en valeur? — Les uns, avec Gaius (II, 215) et Celsus (L. 14, *de Usu et usuf.*, XXXIII, 2), pensent que le tout est dû à chacun, comme dans le legs *per damnationem* (*utrisque solidum deberi*), de sorte que l'héritier devra faire la prestation de la chose; à l'un, soit par tradition, mancipation ou cession *in jure* (G., II, 213) et fournir l'estimation de cette chose, à l'autre légataire : *per æstimationem unicuique, quod deest, replere debet.* Dans cette opinion, il n'y a pas d'accroissement, et la défaillance d'un légataire profite à l'héritier; — les autres tiennent que la condition du premier occupant est préférable : *nonnulli occupantis esse meliorem conditionem.* Il prendra la chose tout entière à l'exclusion de son colégataire. L'héritier à qui le testateur a commandé de souffrir (*patientiam præstare*) que le légataire prenne la chose, sans être obligé d'en faire la prestation (G., II, 214), est en sécurité, s'il la laisse prendre; car, d'une part, il n'a plus la chose pour permettre à l'autre colégataire de la prendre, et, d'autre part, il a agi sans dol. Il n'y a pas d'accroissement possible ici, puisqu'il n'y a pas de part vacante. La situation est analogue à celle qui existe lorsqu'une

créance a été léguée alternativement à deux personnes : si un legs a été laissé à Titius ou à Séius, *utri heres vellet*, l'héritier, en payant à l'un, est libéré à l'égard des deux. Que si l'héritier reste passif, chacun pourra agir, comme s'il était seul légataire, car il peut y avoir corréalité dans un testament comme dans une obligation (L. 16, *de leg.*, 2°, XXXI, *fr. Paul*)

Ainsi, si on admet que le legs *sinendi modo* n'est qu'une variété du legs *per damnationem*, l'accroissement est impossible. Il l'est également, si on assimile les légataires à des créanciers corréaux, parce que le légataire qui actionne le premier l'héritier, reçoit la totalité du legs, et, les droits de l'autre sont éteints ; d'où peu importe une défaillance qui ne donnera rien de plus (1).

IV. Legs *per præceptionem*. — Ce legs comme le précédent soulève des difficultés au point de vue du droit d'accroissement. Observons d'abord, qu'il y avait controverse sur la question de savoir si on pouvait léguer de cette façon à un étranger. Les Proculéiens validaient un semblable legs, en supprimant la syllabe *præ* et en considérant le mot *præcipere* comme synonyme de *capere* et Gaius nous dit qu'une constitution d'Adrien a confirmé cette opinion (G. II, 221). Ce legs étant assimilé au legs *per vindicationem*, devait comporter le droit d'accroissement : le testateur a entendu conférer un droit à chacun sur la totalité de la chose, de sorte que le partage ne doit avoir lieu que par le concours : la défaillance d'un légataire doit donc profiter à l'autre (G. II, 223) : *Sive*

(1) Machelard, p. 25 ; — Van Wetter, p. 59 ; — Glasson, p. 96.

eadem res conjunctim aut disjunctim legata fuerit, singulis partes habere debent.

En principe le prélegs fait à un héritier est nul dans la mesure de sa part héréditaire et valable dans la proportion de la part héréditaire de son cohéritier : *Heredi a semetipso legatum dari non potest, a te coherede potest* (L. 116, § 1. *de leg.*, 1°, XXX, *fr. Florent.;* F. V. § 87). En effet l'héritier légataire est tenu des charges de la succession, *pro portione hereditaria*. Il ne peut se payer à lui-même. De là certaines conséquences qui vont se manifester dans les hypothèses suivantes.

L'héritier prélégataire n'a pas de colégataire. — Dans ce cas, il recueillera son legs, non pas *jure legati*, car la règle de la loi 116 précitée, s'y oppose, mais *jure hereditario*, et la qualité en laquelle il recueille, aura de l'influence au point de vue du calcul de la quarte Falcidie (L. 74, *fr.* G. et L. 91, *fr. Marcian, ad leg. Falc.*, XXXV, 2); au point de vue du fidéicommis à restituer (L. 18, § 3, *ad S.-C. Treb.* XXXVI. 1, *fr. Ulp.*); enfin quant à la portion de dettes héréditaires à supporter.

Lorsque l'héritier prélégataire a des colégataires auxquels la même chose a été léguée en entier, la portion du legs que l'héritier prélégataire devait se payer à lui-même, ne lui appartiendra pas en qualité d'héritier; mais sera acquise à son colégataire par droit d'accroissement : *si duobus sit legata, quorum alter heres institutus sit : a semetipso ei legatum inutiliter videtur: ideoque quod ei a se legatum est, ad collegatarium pertinebit* (L. 34, § 11, *de leg.* 1°, XXX, *fr. Ulp.*) (1).

(1) Pothier, liv. XXX, n° 63.

De là une conséquence qui nous est indiquée par le § suivant de la même loi :

Le colégataire est lui-même héritier et il n'y a pas d'autre institué que les deux prélégataires, mais ces deux prélégataires du même fonds sont institués héritiers pour parts inégales : v. g. Primus est institué pour une once, et Secundus, pour onze douzièmes, et tous deux légataires du fonds Cornélien. Primus aura onze parties du fonds et Secundus une seule. Les legs sont valables dans la mesure qu'ils sont à la charge des héritiers, c'est-à-dire dans une mesure inverse de celle suivant laquelle se divise la succession (1).

Mais comment expliquer cette solution ? M. Machelard, dit que : « La nullité du legs dans cette partie profite par droit d'accroissement à Primus, qui obtiendra ainsi les onze douzièmes de la chose léguée (2) ». Mais alors « tout accroît, sans qu'on décrouvre à quelle portion (3) ». Aussi préférons-nous une autre explication, fondée sur la division initiale du legs, par le testament même, en deux portions correspondantes à la part héréditaire du cohéritier. C'est à titre de créancier que Primus prend les onze douzièmes du fonds légué : « En effet, dit M. Glasson (4), Primus a droit à un douzième de l'hérédité et de plus à un legs ; et comme ce legs est à la charge de l'hérédité, Primus doit y contribuer dans la proportion de sa part héréditaire, c'est-à-dire pour un douzième. Il est donc son propre créancier et débiteur pour cette part, qui par conséquent, se trouve nulle ;

(1) Pothier, liv. XXX, n° 63.
(2) Machelard, p. 28, *in fine*.
(3) Van Wetter, p. 45.
(4) Glasson, p. 100.

mais il reste créancier de onze douzièmes, et, pour les obtenir, il peut actionner Secundus ; il les acquiert donc, non pas au moyen de l'accroissement, mais en vertu de son titre de créancier. » Le même raisonnement peut être fait à l'égard de Secundus. Au lieu de légataires *conjuncti vel disjuncti*, on peut supposer des légataires *conjuncti verbis tantum*. Eh bien ! on aboutira cependant à une solution semblable et Primus réclamera son droit comme créancier, l'accroissement étant impossible.

Cette loi s'explique donc sans le secours des principes du droit d'accroissement. Comme textes, on peut invoquer la loi 116, § 1, *de leg.* 1°, qui conduit à considérer les deux libéralités comme distinctes par la volonté du testateur, c'est-à-dire sans lien de conjonction effective, de sorte que chaque légataire acquiert toute sa part directement, en vertu de son droit propre et sans l'aide du droit d'accroissement ; de même le § 87, F. V. et la loi 104, § 5, *de leg.* 1° XXX, *fr. Julian.*

Il y a plusieurs héritiers dont tous n'ont pas reçu un prélegs : v. g. Primus héritier pour 2/12, Secundus pour 4/12, sont légataires du fonds Cornélien. Tertius héritier pour 6/12 n'a pas de legs. Primus et Secundus sont à l'égard de Tertius des légataires ordinaires. La part qu'ils en recevront sera partagée entre eux par moitié, car leurs droits sont égaux. Mais les deux prélégataires ne pourront rien réclamer dans la part dont ils sont tenus. Le principe de la loi 34, § 12, *de leg.* 1°, recevra son application, c'est-à-dire que chaque légataire ne profitera du legs qu'en raison inverse de sa part héréditaire. Dans l'espèce, Primus recevra 4/12 de Secundus, et celui-ci, 2/12 de Primus, et tous deux, chacun 3/12 de Tertius ; de sorte que Primus aura 7/12

(4/12 de Secundus + 3/12 de Tertius), et Secundus 5/12 (2/12 de Primus + 3/12 de Tertius).

Dans la loi 2, *pr.* D. *de Instr. vel inst. leg.* XXXIII. 7, *fr. Pap.*, il est question d'un père ayant institué héritiers plusieurs de ses fils et ayant donné en outre, à deux d'entre eux, en préciput, les biens de leur aïeule, *præceptionem bonorum avia præter partes hæreditarias.* Les prélégataires partageront ces biens par portions égales en ce qui concerne la part de leurs cohéritiers : *pro partibus coheredum viriles habituros legatarios placuit.* Mais relativement à leurs propres parts héréditaires, ils profiteront du legs en raison inverse de leur portion dans la succession (1).

Enfin, supposons plusieurs héritiers dont l'un est prélégataire et a pour colégataires des *extranei.* Dans ce cas, le legs sera nul à l'égard de l'héritier, dans la mesure de sa part héréditaire, et, cette nullité profitera au colégataire *extraneus.* Mais, il sera valable à l'égard des autres cohéritiers, car, pour eux, le prélégataire héritier, n'est qu'un légataire ordinaire. Supposons deux héritiers : Primus et Secundus, institués pour moitié. Secundus l'un des héritiers, Tertius et Quartus, sont légataires du fonds A. Le legs de Secundus est valable pour 1/2 et sera réduit à 1/6 par Tertius et Quartus. Ces derniers réclameront une moitié de leur legs à Secundus et recevront 3/12 chacun. Ils demanderont l'autre moitié à Primus. Ils devraient recevoir encore 3/12, mais l'héritier prélégataire a droit à 1/12, de sorte que Secundus aura 2/12, Tertius 5/12, et Quartus 5/12 également (L. 116, § 1, *de leg.* 1°.

(1) Machelard, p. 30 ; — Van Wetter, p. 48.

XXX, *fr. Florent.*) (1). En somme le legs fait aux *extranei*, Tertius et Quartus, est valable pour le tout ; mais celui de l'héritier est nul pour la part qu'il recueille dans la succession.

Au point de vue du droit d'accroissement, il faut donc décider que le legs *per præceptionem*, comporte ce droit, car comme le legs *per vindicationem*, il confère *un jus in re* qui peut s'exercer directement sans avoir recours à l'héritier. Les Proculéiens en assimilant le legs *per vindicationem* et le legs *præceptionem* (G. II, 221 et 222) admettaient le droit d'accroissement dans ce dernier. Il n'y avait donc de doutes que dans l'opinion Sabinienne (G. II. 223). Ce texte porterait à penser qu'il n'y a pas lieu à accroissement, car Gaius nous dit que les légataires ont chacun une part, lorsqu'une chose a été léguée, *conjunctim vel disjunctim ;* mais ce serait une erreur, car le texte peut s'expliquer facilement, en disant que le jurisconsulte se réfère au partage produit par le concours de tous les appelés : chacun n'a droit qu'à une part, à la différence de ce qui se passe dans le legs *per damnationem* ou *sinendi modo* (2).

On ne peut soutenir davantage (3) que lorsqu'un legs est fait *per præceptionem*, le droit d'accroissement doit être écarté, parce qu'un tel legs ne donne lieu qu'à un droit de créance, car il est sanctionné par une action personnelle, l'action *familiæ erciscundæ* (G. II. 219). En effet, le § 20, Inst. *de Act.*, Liv. IV, t. 6, nous dit que cette action a un caractère mixte, c'est-à-dire qu'elleest à la fois réelle et personnelle : *tam in rem quam in personam* (4).

(1) Machelard, p. 30 ; — Van Wetter, p. 48, n° XXVII ; — Glasson, p. 101.
(2) Machelard, p. 27 ; — Van Wetter, p. 53.
(3) Glasson, p. 97, *in fine.*
(4) Van Wetter, p. 54.

CHAPITRE III

QUELS CONJOINTS PEUVENT INVOQUER LE DROIT D'ACCROISSEMENT ?

Pour qu'il y ait lieu à accroissement, il faut qu'il y ait une part vacante, car si le légataire ayant acquis son legs venait à mourir, il le transmettrait à ses héritiers; il faut aussi qu'il ne résulte point, soit de la formule employée, soit des termes de la disposition, soit des circonstances, une division légale dans l'objet légué. Il faut encore que le testateur n'ait pas défendu l'accroissement par une disposition formelle, car l'accroissement repose sur la volonté du testateur. Il faut surtout, qu'il y ait conjonction : c'est-à-dire que le testateur doit avoir disposé *in solidum* de la même chose au profit de plusieurs légataires, car la vocation solidaire est la base du droit d'accroissement (*L.* 80, *de leg.* 3°. XXXII. *fr. Celsus* ; L. 3 *pr.* D. *de usuf. adc.*, VII, 2, *f. Ulp.* ; F. V. § 79.)

La conjonction *verbis tantum* ne donne jamais lieu au droit d'accroissement, parce que nous ne rencontrons pas l'unité et la solidarité nécessaires. Peu importe la volonté contraire du testateur, si les termes de la formule sont précis.

Les Institutes de Gaius et les fragments du Vatican ne laissent pas de doutes sur l'inefficacité de la conjonction verbale. Il y a difficulté cependant pour l'époque de

Justinien, mais nous tenons néanmoins que l'Empereur n'a pas voulu s'écarter sur ce point des anciens principes.

D'autres textes que ceux que nous avons cités montrent également qu'il s'agit bien de la conjonction *re* dans le droit d'accroissement : v. g. G. II, 199 ; U. R. XXIV, 12. Ces textes précisent le sens des expressions *conjunctim*, *disjunctim*.

De même les §§ 205 (G. II) ; 13 (U. R. XXIV) ; 85 (F. V.) rejettent l'accroissement dans le legs *per damnationem*, parce que le testateur a fixé des parts distinctes.

Citons encore les lois 11 et 12 (*de Usuf. adc.*, VII, 2) où nous voyons que les légataires ne peuvent profiter du droit d'accroissement, parce que, tout en étant *conjuncti verbis*, ils sont séparés *re :* ils doivent en effet demander chacun leur legs à des héritiers différents. Ils sont assimilés à ceux qui sont légataires *æquis portionibus*.

La loi 1, § 4, *h. t.* sert aussi d'argument. Elle refuse l'avantage de l'accroissement aux *verbis conjuncti*. Il s'agit bien en effet de légataires conjoints seulement par les paroles, car léguer la propriété à deux héritiers, *deducto usufructu*, revient à leur laisser l'usufruit à tous deux. Or cette dernière disposition constitue une conjonction verbale (L. 7, *h. t.*) : « L'usufruit, dit Pothier, est censé divisé par la nature de sa constitution, séparément, *ab initio*, c'est-à-dire à chacun pour la partie de la chose à laquelle il succédait, et qui leur a été laissée (1). »

Enfin quand un legs de propriété est fait à l'esclave

(1) Pothier, liv. VII, t. II, *ad hanc leg.*, nº 7 et note 1.

commun à deux maîtres, il y a bien conjonction verbale, car l'esclave emprunte la personnalité de ses maîtres; mais, il n'y a pas de conjonction objective entre les maîtres, puisque chacun n'acquiert que selon la part qu'il a dans l'esclave; d'où, si l'un renonce à sa part, elle n'accroît pas à l'autre, car si ce maître réclamait le legs, il ne l'obtiendrait que *pro parte dominicâ* (L. 20, D. *de leg.*, 2°, XXXI, *fr. Celsus*). Il en serait autrement, dit Julien, pour un legs d'usufruit fait à l'esclave commun, car l'usufruit est un droit personnel à l'esclave, si bien que cet usufruit s'éteint par l'aliénation de cet esclave. (L. 18. *Quibus mod. usus f. vel usus.*, VII, 4, *fr. Pompon.*). Chaque maître pourra donc réclamer, grâce à l'esclave, la part défaillante de l'autre. Il y aura accroissement entre eux (*adde* : § 75, F. V.) (1). Eh bien! puisqu'on est obligé de considérer la personne de l'esclave commun pour admettre l'accroissement au profit du maître, dans un legs d'usufruit, c'est donc que cet avantage ne peut avoir lieu sans cette considération, et s'il n'est pas admis, c'est que les maîtres ne sont pas conjoints *re*.

Si maintenant nous supposons avec le § 75, F. V. que le legs ait été fait *servo communi et Titio*, à l'esclave commun et à Titius, et que l'un des deux propriétaires perde sa part d'usufruit, Julien décide qu'elle reviendra non à Titius, mais à l'autre copropriétaire : résultat semblable à celui qui se produit, quand un usufruit est laissé à deux, conjointement, et à un autre séparément : les conjoints *re et verbis* ont une situation plus favorable, parce qu'ils forment une sorte de personne morale fondée sur l'unité de l'esclave.

(1) Pothier, liv., XXX, XXXI, XXXII. *Ad. leg.*, 20, n° 414 ; *ad leg.*, 1, § 1 VII-2, n° 3.

Des juriconsultes, Marcellus, Mauricianus, Papinien, Pomponius n'approuvent pas l'avis de Julien. Pomponius, notamment, rejette le droit d'accroissement du propriétaire de l'esclave, comme il l'écarte, si un légataire unique cède *in jure* une partie de son droit d'usufruit au propriétaire, ou le perd pour partie (F. V. 75 et 76).

Quant à Ulpien, il adopte la solution de Julien, non pas en se fondant sur l'idée d'accroissement, mais sur ce que l'usufruit étant un droit attaché à la personne, il ne peut périr partiellement, tant que l'esclave est vivant (§ 75 V. F. *V^is Ego autem Juliani.*). Si l'un des maîtres profite de la renonciation de l'autre, c'est en vertu de ce principe que l'esclave commun est censé appartenir pour le tout à celui qui seul peut acquérir (L. 1, § 4. D. *de Stipul. serv.* XLV. 3).

Concluons donc que jamais la conjonction verbale ne peut produire le droit à l'accroissement.

Il est vrai qu'on objecte les LL. 89. *de leg.*, 3°, XXXII *fr. Paul;* 16, § 2, *fr. Pomp.;* 15, § 1, *fr. Paul, de leg.*, 1°, XXX. Mais nous verrons plus loin, qu'il n'y a rien à conclure, contre nous, de ces textes, car le premier se réfère aux lois caducaires; dans le second où il s'agit d'un legs *per damnationem* fait à Titius et à des posthumes, il n'y a pas de division véritable quoique le legs soit fait *æquis partibus;* le testateur ne peut fixer de parts puisqu'il ne sait pas le nombre des posthumes. Ceux-ci ne divisent le legs que par leur naissance et non par leur désignation dans le testament; enfin une réflexion semblable s'applique à la loi 15, où il est question d'un legs *per damnationem* (*argt.* du mot *debebitur*), fait à des enfants nés et à naître *filiabus legaverit, ut etiam de posthumâ sentiret.*

Les légataires conjoints par des testaments différents ne le sont pas au point de vue du droit d'accroissement: *ex diversis testamentis jus conjunctionis non contingit*; (L. 16, D. *Quib. mod. ususf.* VII, 4, *fr. Ulp.*), car les legs ainsi faits sont indépendants les uns des autres, il n'y a pas unité de legs.

Mais, si dans le testament fait pour un pupille, le père lègue à un autre la chose qu'il m'a léguée, dans son propre testament, la conjonction existe, et par suite le droit d'accroissement: *Sed si in pupillari testamento alii eandem rem legaverit quam mihi in suo testamento legavit Julianus scribit, concursu partes nos habere: interim igitur partem habebit is cui in suo testamento legavit* (L. 34, § 10, *de leg.*, 1°. *fr. Ulp.*); parce que sous ce rapport, il n'y a qu'un testament (§ 2, Inst., *de Pupill. subst.*, II, 16).

Plusieurs tablettes signées en même temps forment un seul et même testament: *pro unis tabulis habendum est* (L. 1, § 6, D., *de Bon. poss. sec. tab.*, XXXVII, 11); de même les codicilles testamentaires ne sont qu'un accessoire du testament (L. 2; § 2, L. 3, § 2, *fr. Jul.*; L. 16, fr. *Paul.* D. *de Jure codic.*, XXIX, 7).

Les Romains n'admettaient pas la coexistence de deux testaments. A la différence de notre droit, le dernier était seul sanctionné (L. 2, *de Inj. rupt. irr.* XXVIII, 3, *fr. Ulp.*): *prius testamentum rumpitur, cum posterius rite perfectum est.* Exception était faite pour les militaires (L. 19, pr., *fr. Ulp., de testam. mil.*, XIX, 1).

En résumé, deux conditions sont nécessaires pour donner ouverture au droit d'accroissement: qu'une même chose ait été léguée en même temps à plusieurs et que

chacun ait vocation à la totalité. — Si un legs est sans effet et si l'objet n'a été légué qu'à un seul, la défaillance profite à l'héritier; mais si le legs d'un même objet a été fait à plusieurs légataires ayant vocation au tout, la défaillance de l'un profite aux autres. L'accroissement a lieu dans le legs de propriété (*per vindicationem* ou *per præceptionem*), parce que l'identité de vocation existe; il est exclu dans le legs de créance (*per damnationem* ou *sinendi modo*), parce que l'identité de vocation n'existe pas. — La volonté expresse ou présumée du testateur est la base du droit d'accroissement. Elle se reconnaît à la formule employée.

CHAPITRE IV

RÈGLES DU DROIT D'ACCROISSEMENT

SECTION I

L'accroissement a lieu de plein droit, forcément et sans charges.

Le droit d'accroissement repose sur l'unité et la solidarité de la disposition. La défaillance d'un colégataire n'augmente pas les droits de l'autre : elle lui évite seulement une perte, c'est-à-dire qu'en l'absence de concours, il y a plutôt *jus non decrescendi* que *jus accrescendi*. De là, diverses conséquences :

I. — L'accroissement est forcé, car les légataires sont appelés, éventuellement à recueillir tout l'objet du legs. Ils ne peuvent refuser l'accroissement, parce que ce serait revenir sur l'acceptation qui doit être irrévocable, ou diviser leur droit, ce qui n'est pas permis (S. P., III, VI, 12 : *Ejus rei quæ legata est, exemplo heredis, partem agnoscere, partem repudiare legatarius non potest ;* L. 58, D. *de leg.*, 2°, *fr.* G. ; L. 38, *pr. de leg.*, 1°,

fr. Pomp.; L. 4, et L. 6, *f. Paul*, et L. 40, *f. Javol.*, D., *de leg.*, 2°).

S'il y a deux légataires du même objet, Primus et Secundus, Primus, prendra la part de Secundus qui fait défaut, en vertu du droit d'accroissement qui est une extension de la disposition principale, c'est-à-dire forcément, et non en vertu d'une acquisition nouvelle et d'un droit nouveau. D'après le § 1 de la loi 26, *de Cond. et dem.* XXXV, 1, *fr. Jul.*, les héritiers de Primus légataire pur et simple, qui a accepté, profitent de la défaillance de Secundus colégataire conditionnel qui n'a pas réalisé la condition qui lui était imposée. Or, ce résultat serait impossible, si on admettait que Primus n'acquiert pas en vertu du droit d'accroissement, mais en vertu d'un droit nouveau, car ce droit ne s'ouvrant qu'après sa mort, il ne pourrait le transmettre à ses héritiers.

Puisque l'accroissement est forcé, il en résulte qu'il a lieu de plein droit, c'est-à-dire qu'une acceptation de la part accrue n'est pas nécessaire, car l'acquisition de cette part nouvelle et accessoire est contenue implicitement dans l'acquisition de la libéralité primitive et principale. Dans l'opinion des Sabiniens une deuxième acceptation ne pouvait avoir lieu, puisqu'ils admettaient que le legs est acquis sans manifestation expresse de volonté (G. II, 195).

Les LL. 34, 35, 36, *pr.*, D., *ad leg. Aquil.*, IX, 2, disent qu'en cas de répudiation de son legs par l'un des gratifiés, l'autre est censé en avoir été toujours propriétaire. C'est donc qu'il n'y a pas besoin d'une manifestation de volonté pour acquérir la part répudiée. Marcellus compare ce résultat à celui qui se passe pour l'héritier recueillant le legs fait à un seul légataire qui répudie.

Cet héritier qui a déjà fait adition n'a pas à faire une acceptation particulière de ce legs, car il est une partie de l'hérédité dont il a été détaché un instant.

L'accroissement, étant forcé, se produit avec effet rétroactif. Peu importe dès lors à quel moment la défaillance du colégataire arrivera. Une conséquence de la rétroactivité se trouve dans la solution de la loi 31, D., *de Test. mil.*, XXIX, 1, *fr. Marcell.*: Un militaire lègue un esclave à Titius et à Séius. Pendant que Séius délibère, Titius affranchit l'esclave; puis Séius renonce. L'esclave sera libre, car le *manumissor* est censé avoir été *ab initio*, maître en totalité de l'esclave légué. Au contraire, sans l'effet rétroactif, la renonciation de Séius eut profité à Titius et non pas à l'esclave (Ulp. R. I, 18; P. S. IV, 12, 1) (1).

II. — L'accroissement a lieu sans les charges. — Le testateur a dit par exemple : Je donne le fonds Tusculan à Titius et à Séius, pour que celui-ci m'élève un monument; ou je donne le fonds Tusculan à Titius et le même fonds à Séius, pour que celui-ci m'élève un monument. Séius fait défaut. Titius doit-il accomplir la charge qui grève la part de Séius?

On admet que l'accroissement a lieu *sine onere*, par suite du droit personnel de chaque légataire : chacun recueille *jure non decrescendi* (*Argt.*, L. *un.*, C., *de cad. toll.*, VI-51, où Justinien dit : *perveniebant, nullo gravamine, nisi perraro*). Cependant nous pensons avec un savant jurisconsulte (2) que dans le legs *conjunctim* (*re et verbis*), l'accroissement *sine onere* n'a pas toujours

(1) Pothier, liv. XXX, XXXI, XXXII, n° 431.
(2) L. Thézard, *Rép. écr. sur le dr. r.*, 4e édit., p. 29, note 1.

été admis sans hésitation. En effet, il est naturel de penser que le testateur, en se servant d'une telle formule, a voulu que les charges fussent acquittées par le légataire à qui il les avait imposées ou par celui dont le legs est accru ; d'autre part, l'accroissement entre héritiers avait lieu *cum onere* (L. 61, § 1, *de leg.* 2°, *fr. Ulp.*). Enfin la loi 30, *de cond. et dem.*, XXXV, 1, *fr. Jul.*, fournit, en ce sens, un argument *a contrario :* elle suppose le cas d'un legs du même fonds fait *separatim* et décide que le colégataire recueille la part défaillante *sine onere*, c'est-à-dire, sans être tenu de remplir la condition purement personnelle au légataire qui fait défaut.

Sous le bénéfice de cette observation, disons donc que si la libéralité est *pro non scriptâ*, l'accroissement a lieu *sine onere*, parce que le testateur est supposé n'avoir pas légué cette part (L. *un.*, § 3, C. *de cad. toll.*, VI, 51).

Mais il y a une double exception à cette règle :

a. S'il s'agit d'un légataire grevé d'un fidéicommis de la liberté. V. g. Un testateur lègue un esclave à un légataire unique, et le prie de l'affranchir ; mais le legs est *pro non scripto*. Eh bien ! l'héritier qui retient ce legs n'en devra pas moins opérer l'affranchissement. S'il y a un substitué ou un colégataire, ce substitué ou ce colégataire seront tenus de cette obligation ; l'esprit de la loi est manifeste, (L. 26, § 6, *de fideic. lib.* LX, 5, *f. Ulp.*) : *quia libertas fideicommissa nullum impedimentum pati debet.*

b. En vertu du S.-C. Libonien. (L. 5, *de his quæ pro non*, XXXIV, 8, *f. Paul* ; — L. 14, § 2, *in fine, de leg. Corn. de fals.*, LXVIII, 10, *fr. Paul*). La volonté du testateur doit être libre. Or, si un *adscriptor* inscrit un legs pour lui, cet *adscriptor* est atteint par la loi *Cornelia* et le

legs est *pro non scripto*, parce qu'il a pu être arraché à la générosité du disposant. Eh bien ! si ce legs est grevé d'un fidéicommis, ce fidéicommis doit être acquitté ou par le substitué ou par le colégataire conjoint qui le recueille (P. S. III, VI, 14), ou par l'héritier qui retient le legs. Cette solution est une application du principe de la personnalité des peines, car le fidéicommissaire étant innocent, ne doit pas avoir à souffrir de la peine de l'*adscriptor*.

Si la part est vacante par un motif autre que celui qui la fait considérer comme *non scripta*, v. g. répudiation, l'accroissement a lieu avec charges ou non, suivant que le testateur a entendu établir une charge réelle ou personnelle. Ce sera une question de fait de savoir si les charges sont réelles ou personnelles. Mais le plus souvent, lorsque la disposition sera faite *disjunctim*, les charges seront personnelles ; si elle est faite *conjunctim*, elles seront réelles : il y aura solidarité dans la charge comme dans la libéralité (1) (L. 30, D., *de cond. et dem.* XXXV, 1).

Ces règles sont applicables aux fidéicommis (L. 61, § 1, D., *de leg.* 2°, *f. Ulp.* — L. 29, §§ 1 et 2, *de leg.* 2°; § 11. L., *Un.*, C. *de cad., toll.* VI, 51).

L'accroissement a lieu *portionis portioni*. — Voici le sens de cette règle : Le testateur lègue le fonds Cornélien à Primus et à Secundus ; Primus fait défaut, et Secundus est décédé après le *dies cedit*, l'accroissement aura lieu comme si Secundus vivait, de sorte que ses héritiers en profiteront. Primus en effet, étant mort, avant le *dies cedit*, est censé n'avoir jamais été légataire, et Secundus est considéré comme ayant acquis les deux parts *ab initio*.

(1) Glasson, p. 88.

Il y a effet rétroactif à son égard (1). Ainsi l'accroissement est forcé en ce sens qu'il est censé accepté d'avance par toute adition faite avant son ouverture (2).

SECTION II

Dans quelle proportion a lieu le droit d'accroissement. — Cas de concours entre les légataires *conjuncti* et les légataires *disjuncti*.

I. — L'accroissement se fait proportionnellement à la valeur de la libéralité : *Pro portione legati.* C'est le corollaire du principe : *tota legata singulis data esse, partes autem concursu fieri.* Posons une espèce : L. 41, *pr.* D., *de leg.*, 2°, XXXI, *fr. Javol.* : *Mævio fundi partem dimidiam, Seio partem dimidiam lego, eundem fundum Titio lego.* Le testateur lègue successivement deux moitiés du même fonds, puis ce même fonds. Comment va se faire le partage ?

a. Si tous les appelés se présentent, Mœvius et Séius prendront la moitié du fonds, soit 1/4 ou 3/12 chacun, Titius l'autre moitié, soit 6/12. Mævius est *re conjunctus* à Séius pour 1/12 et à Titius pour 2/12, il a droit éventuellement à la moitié du fonds, mais le concours le prive d'un quart. Le fonds a été légué deux fois, mais il ne peut être livré qu'une fois, aussi les légataires sont-ils réduits proportionnellement de 2 à 1.

b. L'un des appelés, Séius par exemple, fait défaut. Ici

(1) Si un légataire a vendu sa part, à qui profitera le droit d'accroissement ? Question de fait. Dans le doute, l'accroissement doit profiter au vendeur. (L. 2, § 1. *De hered. vel act. vend.*, 18-4).

(2) Accarias, t. I, p. 868.

encore il y a une réduction proportionnelle à faire. Séius est censé n'avoir jamais été légataire. Le fonds est donc légué 1 fois 1/2; or il ne peut être livré qu'une fois. Mævius aura donc 1/2 de la part de Séius et Titius 2/12. Ainsi Mœvius obtiendra 4/12 ou 1/3 et Titius 8/12 ou 2/3 du fonds légué.

Ce résultat est conforme à l'intention probable du testateur : il a entendu donner à Titius, deux fois plus qu'à Mævius et à Séius ; mais il a voulu aussi que ceux-ci eussent la moitié de ce qu'obtiendrait Titius, sans que jamais ces limites pussent être excédées. La défaillance de Séius lui restitue ce que sa présence lui eût enlevé (1).

II. — S'il y a à la fois des conjoints *re et verbis* et des *conjuncti re tantum*, les premiers sont considérés comme une individualité juridique : *At si conjuncti disjunctive commixti sint, conjuncti unius personæ potestate funguntur* (L. 34, pr., *de leg.* 1°, *fr. Ulp.*, (2).

Conséquences : Si un des *conjuncti re et verbis* fait défaut, sa part n'accroît qu'aux autres *conjuncti re et verbis*, et ne passe aux *conjuncti re tantum* que s'il n'existe plus aucun *conjunctus* de la première catégorie (L. 26, § 1, D., *de Usu et usuf.*, XXXIII, 2, *f. Paul*). Mais si c'est un *conjunctus re tantum* qui fait défaut, l'accroissement se produit en faveur des deux sortes de conjoints. En effet, on ne peut invoquer ici la considération de personnalité juridique qui est propre aux *re et verbis conjuncti* (L. 26, précitée et L. 1, § 2, *in fine*, *de Usuf. adcr.*, VII, 2).

Le motif de cette règle repose sur la volonté du dé-

(1) Machelard, p. 33; — Van Wetter, p. 85.
(2) Pothier, Liv. XXX, n° 426.

funt : il a gratifié un colégataire *re tantum* autant que les colégataires *re et verbis*.

En résumé, l'accroissement a lieu de plein droit (*ipso jure*), forcément (*invito legatario*), et sans les charges (*sine onere*), à moins que le testateur ait entendu grever spécialement le legs plutôt que le légataire qui fait défaut (L. 54, § 1, *de Cond. et dem.*, XXXV, 1) ; il a lieu en proportion du legs de chaque légataire (*pro portione legati*). Les *re et verbis* forment une individualité juridique (*unius personæ potestate funguntur*).

DEUXIÈME PARTIE

LÉGISLATION CADUCAIRE

GÉNÉRALITÉS

Dans cette seconde période, l'application du droit d'accroissement est réduit à de faibles limites. Un droit nouveau et distinct est à côté de lui et souvent le remplace. C'est le *jus caduca vindicandi*. « De telle sorte qu'ici il s'agit à la fois de l'ancien droit et du droit nouveau : du droit d'accroissement dans les cas pour lesquels il a été maintenu, du *jus caduca vindicandi* dans tous les autres cas (1). »

On appelle lois caducaires, *leges novæ*, ou simplement *leges*, deux plébiscites du commencement de l'empire, la *lex Julia de maritandis ordinibus*, sur le mariage des deux ordres (726 ou 756 de R., d'après les uns (2), ou 757 d'après les autres (3), la *lex Papia Poppæa* (762 de R.), la première s'occupant surtout du célibat, la seconde de l'orbité ; l'une ayant trait au mariage, l'autre à la dévolution des caduques.

Ces lois furent motivées par la pauvreté du trésor,

(1) Ortolan, t. II, p. 590, 11e édit.
(2) Machelard, p. 43.
(3) Accarias, t. I, p. 894, 2e édit.

la dépopulation et la disproportion considérable entre les ingénus et les affranchis, survenues à la suite des guerres civiles (L. *un.*, pr. C., *de cad. toll.*, VI, 51) : *Et nomen et materiam caducorum ex bellis ortam et auctam civilibus... belli calamitas introduxit.* « La corruption des mœurs, la soumission des femmes esclaves, l'égoïsme produit par les malheurs publics avaient dégoûté les Romains du mariage. Le célibat donnait une sorte d'existence considérable et privilégiée. Le célibataire était un personnage de distinction, caressé par toutes ces âmes vénales qui faisaient métier de convoiter les successions, par tous ces courtisans de la fortune qu'Horace a flétris du nom d'*hæredipètes* (1). »

De là, ces lois fameuses édictées par Auguste. « Par une de ces contradictions qui ne sont pas rares chez les despotes, l'homme qui avait su profiter de l'abaissement moral de Rome, pour lui confisquer ses libertés, se crut appelé à la régénérer (2). »

Elles eurent pour but de pousser les citoyens au mariage et à la procréation légitime, et d'enrichir le trésor pour entretenir les armées permanentes, car, comme l'a dit Montesquieu, « un empire fondé par les armes a besoin de se soutenir par les armes (3). »

Comme moyen, elles frappèrent de déchéances les célibataires et accordèrent des récompenses à ceux qui avaient des enfants légitimes. « *Relatum de moderandâ Papiâ Poppæâ quam senior Augustus post Julias rogationes incitandis cœlibum pœnis et augendo ærario sanxerat* (4). »

(1) Troplong, *Influence du Christ.*, p. 170.
(2) Accarias, n° 372, t. I, 2e édit.
(3) Montesquieu, *Grand. et Décad. des Rom.*, ch. XVIII.
(4) Tacite, *Ann.*, l. III, ch. XXV.

Ces lois, qui violaient la liberté des testateurs et portaient atteinte à de nombreux intérêts, ne furent acceptées que difficilement, et, trente-quatre ans après leur confection, l'abrogation en fut demandée par les chevaliers. C'est alors qu'Auguste réunit les citoyens, plaçant d'un côté les gens mariés, de l'autre les célibataires, et prononça un discours resté célèbre (1). Nous verrons plus tard comment elles disparurent.

Elles ne s'appliquaient pas à l'empereur : *Princeps legibus solutus est* (L. 31, D., *de leg.*, S.-C., I, 3) : il n'est pas soumis aux déchéances et n'a pas le *jus caduca vindicandi*. Il devait cependant à l'origine demander une dispense au Sénat, mais plus tard, l'empereur ayant confisqué tous les pouvoirs, conféra lui-même toutes les dispenses. L'impératrice devait être la première privilégiée. C'est ce que dit la même loi précitée : *Augusta autem, licet legibus soluta non est, prin-*

(1) En voici un extrait que nous prenons dans Montesquieu. *Esprit des Lois*, liv. XXIII, ch. XXI : « Pendant que les maladies et les guerres nous enlèvent tant de citoyens, que deviendra la ville, si on ne contracte plus de mariages ? La cité ne consiste point dans les maisons, les portiques, les places publiques : Ce sont les hommes qui font la cité. Vous ne verrez point, comme dans les fables, sortir des hommes de dessous la terre pour prendre soin de vos affaires. Ce n'est point pour vivre seuls que vous restez dans le célibat : chacun de vous a des compagnes de sa table et de son lit, et vous ne cherchez que la paix dans vos déréglements. Citerez-vous ici l'exemple des vierges vestales ? Donc, si vous ne gardiez pas les lois de la pudicité, il faudrait vous punir comme elles. Vous êtes également mauvais citoyens, soit que tout le monde imite votre exemple, soit que personne ne le suive. Mon unique objet est la perpétuité de la république. J'ai augmenté les peines de ceux qui n'ont point obéi ; et à l'égard des récompenses, elles sont telles que je ne sache pas que la vertu en ait encore de plus grandes ; il y en a de moindres qui portent mille gens à exposer leur vie, et celles-ci ne vous engageraient pas à prendre une femme et à nourrir des enfants ! »

cipes tamen eadem illi privilegia tribuunt, quæ ipsi habent (1).

Elles ne s'appliquent que sous certaines réserves aux legs d'usufruit à cause de la nature même de ce droit.

Leur domaine propre est la succession testamentaire. Elles ne gouvernent pas les successions *ab intestat*, parce que, dans ces sortes de successions, il n'y a pas de *caduca* (Ulp. R. XVII, § 1, 1re *ligne*) et l'accroissement a lieu pour la part de celui qui refuse ou est incapable)P. S. IV. VII. 26; U. R. XXVI. 5). En outre les successions légitimes étaient peu nombreuses; car les Romains tenaient à honneur de régler eux-mêmes la dévolution de leurs biens.

(1) Machelard, p. 159.

CHAPITRE I

DES INCAPABLES

Celui qui est déclaré incapable par les lois caducaires conserve la *factio testamenti :* il peut être institué héritier ou légataire ; mais il n'a pas le droit de recueillir la libéralité qui lui est faite, il n'a pas le *jus capiendi.* Mais cette incapacité n'est pas irrémédiable, il suffit de se mettre en règle dans le délai de cent jours, accordé après l'ouverture du testament. Si on laisse passer ce délai, la libéralité tombe : *caducit.* On appelle donc *caducum* toute libéralité qui s'adresse à quelqu'un qui n'a pas le *jus capiendi.* Quelles sont les personnes qui sont frappées de cette incapacité?

I. — *Cælibes.* — Ce sont ceux qui ne sont pas mariés, soit qu'ils n'aient jamais contracté mariage, soit qu'ils n'aient pas contracté une nouvelle union, après la dissolution de la première. Cette assimilation du veuf ou divorcé avec le célibataire proprement dit, résulte du temps de *vacatio* accordé aux femmes avant de se remarier. U. R. XIV : *Feminis lex Julia a morte viri anni tribuit vacationem a divortio sex menses, lex autem Papia a morte viri biennium, a repudio annum et sex menses.* Le mariage devait être fait selon les prescriptions de la loi nouvelle. Ainsi par exemple, le *connubium* était prohibé

entre les sénateurs et leurs descendants et les affranchies ; l'ingénu et la femme de condition honteuse (U. R. XVI. 2). De même le mariage *impar* ne pouvait, d'après le s. c. Calvitien, rendre le célibataire capable : *Quod si major quinquagenaria minori sexagenario nupserit, impar matrimonium appellatur et s. c. Calvitiano jubetur non proficere ad capiendas hereditates et legata et dotes.*

II. — *Orbi.* — Tandis que les *cælibes* étaient frappés d'une incapacité complète, les *orbi* furent privés seulement de la moitié de ce qui leur avait été laissé. On appelle *orbi* les gens mariés selon les lois *Juliæ*, mais qui n'ont pas d'enfants légitimes, d'après le droit civil ou d'après le droit prétorien. L'enfant sous puissance ou émancipé conférait le titre de père.

Les petits-enfants nés d'une fille n'étaient pas pris en considération, car l'aïeul n'a pas et n'a jamais eu la puissance paternelle : le § 195, F. V. dit en effet : *Ex filiâ nepotes non prodesse... ad caducorum vindicationem.* Ce qui est vrai de la revendication, l'est de la capacité de recevoir.

Depuis un s.-c. porté sous Néron (1), les enfants adoptifs ne comptent plus. A l'origine, ils étaient pris en considération, car ils étaient *liberi*, dans le sens de l'édit du préteur. Mais des abus se produisirent : l'adoption servit à se créer une paternité fictive, puis le but atteint, l'émancipation brisait le lien créé. De cette concurrence déloyale résultait un préjudice pour les *patres* véritables.

Enfin, par suite des idées romaines sur la famille et la paternité, cette condition de légitimité et d'existence

(1) Tacite, *Ann.*, l. XV, ch. XIX.

d'enfant n'est appliquée qu'au père. Pour la mère, on récompensera sa fécondité, légitime ou non. La femme, en effet, n'a pas la puissance parternelle. Elle reste incapable, malgré le nombre de ses enfants, de recueillir sa propre libéralité et de profiter du *jus caduca vindicandi*. Le *jus liberorum* était exigé pour que la femme eût la *solidi capacitas*.

Les Latins-Juniens furent assimilés aux *cælibes* d'après la loi *Junia Norbana*. Ils n'avaient pas le *jus capiendi*, devant exister dans les cent jours de l'acquisition du droit légué ou de la délation d'hérédité (U. R. XXII, 3).

III. — Le *pater solitarius*. — On ne connaît pas au juste la valeur de cette expression, parce que le texte d'Ulpien (R. XIII) est incomplet. On s'accorde à reconnaître que c'est l'homme veuf ou divorcé qui a des enfants de son précédent mariage et qui est frappé d'une incapacité moindre que celle de l'*orbus*.

En résumé, trois degrés d'incapables : 1° Ceux qui n'ont pas contracté mariage (incapacité complète) ; 2° ceux qui, mariés, n'ont pas d'enfants (incapacité moindre) ; 3° ceux qui ont des enfants et ne sont pas remariés (légère incapacité).

Les militaires pouvaient gratifier toutes sortes d'incapables (G. II, 110 et 111), à moins d'une prohibition spéciale (L. 5, C., *de Test. mil.*, VI, 21, *Alex.*, 225).

IV. — De la capacité entre conjoints. — Législation des décimes (U. R. XV et XVI) (1).

Les lois caducaires étaient sévères à l'égard des con-

(1) Pothier, t. XII, p. 154, n° 385.

joints. Pour qu'un citoyen pût recueillir pleinement dans la succession d'un tiers, et avoir les privilèges de la paternité, il suffisait à l'homme d'avoir un enfant légitime, à la femme de s'être accouchée trois fois si elle était ingénue, quatre fois si elle était affranchie ; mais elle n'avait pas cependant le *jus caduca vindicandi*. Or, entre conjoints la *solidi capacitas* était attachée à l'existence d'un enfant commun. Il fallait le *jus communium liberorum*.

La capacité pouvait être totale ou partielle.

A. — Elle était totale dans les hypothèses suivantes :

a. S'il existait neuf enfants d'un précédent mariage (U. R. XV);

b. Si l'enfant commun était mort pubère (12 ou 14 ans);

c. Si deux enfants communs étaient morts après trois ans accomplis ; ou trois après l'âge des noms (U. R. XVI, 1);

d. Enfin, à raison de l'âge, de la parenté, de l'absence, de l'impuissance, de la concession du *jus liberorum* par le prince (U. R. XVI, 1).

e. L'impubère étant mort, conférait la *solidi capacitas*, pendant un certain temps : *intra annum tamen et sex menses* (U. R., *h. t.*, § 1).

f. Enfin la femme accouchée dans les dix mois du décès de son mari : *intra decem menses uxor ex eo peperit*, a la *solidi capacitas* (U. R., *h. t.*, § 1).

B. Elle était partielle :

1° Si les époux n'avaient pas d'enfants de leur union, ni d'un mariage antérieur. Dans ce cas, le taux de la libéralité, faite par un conjoint, à l'égard de l'autre, ne pouvait dépasser le dixième des biens du do-

nateur, *matrimonii nomine* (U. R. XV, 1re ph.), plus 1/3 en usufruit, avec l'espérance de la pleine propriété de ce tiers, s'il naissait un enfant commun, bien qu'il mourût par la suite, car, *nato filio, statim proprietatis legati dies cedit* (L. 4, C. *Quando dies leg. vel fid.*, VI, 53. *Sévère et Antonin*, 209) ;

2° Si l'un des époux avait des enfants d'un précédent mariage, il pouvait, outre le dixième qu'il recevait en pleine propriété, et le tiers en usufruit, *matrimonii nomine*, être gratifié d'un dixième par enfant (U. R. XV, 2e ph.). Neuf enfants confèrent ainsi la *solidi capacitas* ;

3° Si un enfant commun est mort *post nominum diem*, il donne le droit d'élever la quotité d'un dixième. Si trois enfants communs sont morts *post nominum dies*, la capacité devient complète (U. R. XV, 3e ph.).

Ainsi, les *leges decimariæ* ayant pour but d'intéresser les époux à rendre féconde leur dernière union, nous apparaissent comme un complément des lois caducaires.

CHAPITRE II

SOLIDI CAPACITAS. — JUS ANTIQUUM. — JUS PATRUM

---

§ 1. — *Solidi capacitas*

C'est la capacité pour certaines personnes, exemptes à des titres différents, des peines des lois caducaires, de recueillir intégralement ce qui leur est laissé, mais sans avoir jamais droit à la portion des cohéritiers ou des colégataires. Elles ne sont pas frappées des peines de l'*orbitas* ou du célibat, mais elles ne participent pas aux avantages conférés par les lois nouvelles. Elles prendront tout ce qui leur aura été laissé (*solidum*), mais rien au-delà.

Ces personnes sont exceptées des dispositions de la loi Julia, par suite de l'impossibilité où elles sont d'obéir aux lois caducaires, ou parce qu'il existe entre elles et le testateur des liens de famille. Voici l'énumération de ces personnes :

1° Les hommes au-dessous de vingt-cinq ans et les femmes au-dessous de vingt ans (Ulp. R. XVI, 1). C'est du moins l'opinion généralement suivie (1).

(1) Machelard, p. 64. — Van Wetter, p. 179, n° 101. — Cf. Pothier, n° 383 (t. XII, p. 147).

Les fiançailles (*sponsalia)* qui précédaient les *justæ nuptiæ* créaient entre fiancés un lien étroit, dont la rupture entraînait l'infamie. Or, elles dispensaient des peines du célibat, sans toutefois donner droit aux privilèges des *patres*, non pas à partir du moment où elles eussent pu être faites, *a primordiô ætatis* (L. 14, D., *de Sponsal.*, XXIII. 1, *fr. Modest.*) — ce qui eût été un moyen de se procurer un temps d'exemption trop considérable — mais seulement lorsqu'elles étaient formées deux années avant le mariage. Ainsi le fiancé n'était réputé marié que pour un terme de deux ans (1). Mais il pouvait obtenir une prolongation de fiançailles, fondée sur des causes légitimes *veluti valetudo sponsi sponsæve, vel mortem parentium, aut capitalia crimina, aut longiores peregrinationes quæ ex necessitate fiunt* (*fr. Gaius*, L. 17, D., *de Sponsal.*, XXIII, 1).

2° Les hommes âgés de plus de soixante ans, les femmes de cinquante ans, au moment des lois nouvelles. Il eût été inique en effet, d'atteindre ces personnes qui jusque-là n'avaient violé aucune disposition légale, et de les forcer à contracter des unions le plus souvent infécondes. Mais cette mesure transitoire devait cesser au bout d'un certain nombre d'années, car, c'eût été accorder une immunité à ceux qui se seraient refusés d'obéir à la loi. De là, les réformes dont parle Ulpien (R. XVI, 3.)

Le s.-c. Pernicien, porté sous Tibère, privait, pour toujours, du *jus capiendi*, ceux qui étaient arrivés jusqu'à cinquante ou soixante ans, sans avoir obéi à l'une

(1) Suétone, *Vie d'Aug.*, ch. XXXIV ; Dion Cassius, liv. XLVI, ch. XVI : « Il ordonna que nulles fiançailles n'auraient de force, qui au bout de deux ans n'auraient pas été suivies du mariage. »

des lois *Juliæ : Qui intra sexagesimum annum neutri legi paruerit, licet ipsis legibus post hanc ætatem liberatus esset, perpetuis tamen pœnis tenebitur, ex s.-c. Perniciano.*

Mais Claude, par un motif de bienveillance, permit au sexagénaire de se marier avec une femme de moins de cinquante ans, car ce mariage pouvait être encore utile à l'État : *sed Claudiano s.-c. major sexagenario*, si *minorem quinquagenaria duxerit, perinde habebitur ac si minor sexaginta annorum duxisset uxorem.*

Il ne fut cependant pas permis, d'après le s. c. Calvitien, à la femme quinquagénaire, de se marier à un homme de moins de soixante ans ; car une telle union, qualifiée de *matrimonium impar*, par Ulpien, est vouée d'avance à la stérilité.

3° Les impuissants (*spadones*) (L. 128, D., V. S., *fr. Ulp.*).

4° Les absents pour le service de l'État (U. R. XVI, 1 ; L. 36, D., *Ex quib. caus.*, IV, 6, *fr. Ulp.*). *Reipublicæ causâ abesse eos solos intelligimus, qui non sui commodi causâ, sed coacti absunt.*

5° Certains cognats et certains alliés qui devaient être les mêmes que ceux énumérés dans la loi *Cincia* (550 de *R.*) et la loi *Furia* (571 de R.), (F. V., 298 à 303 ; G. II, 225), c'est-à-dire les cognats jusqu'au sixième degré et le cousin du septième, *ex sobrino natus*, et les alliés en ligne directe.

Il faut se rappeler toutefois, que le § 1, t. XVI, R. U., n'accorde la *solidi capacitas*, entre époux, que s'il existe un enfant commun.

6° Ceux qui ont obtenu le *jus liberorum* (*beneficio principis*). Ils sont comme des *patres*. Cette concession

donnait même droit au *jus caduca vindicandi*, mais seulement au profit exclusif des hommes. Et en effet, la maternité fictive ne peut conférer plus d'avantages que la maternité réelle. La fiction doit être l'image de la réalité.

7° Ceux qui avaient construit un vaisseau et qui l'avaient employé pendant six ans à conduire du blé à Rome. Cette exception des peines du célibat repose sur un motif d'intérêt de la navigation (1).

§ 2. — *Jus antiquum in caducis*

Une autre classe de personnes était exemptée des peines des lois caducaires. Ces personnes étaient celles qui restaient soumises au droit ancien dans la dévolution des parts caduques. Elles ont la *solidi capacitas*, le droit à l'accroissement et le droit de rétention des charges. Elles bénéficient des lois caducaires sans être jamais frappées par elles.

La *solidi capacitas* exempte des peines du célibat et de l'*orbitas*. Le *jus antiquum* a le même effet, et, de plus, il permet de recueillir les parts caduques, d'après les règles de l'accroissement. La *solidi capacitas* n'empêche que la perte de la libéralité entièrement ou à moitié, selon qu'on est *cælebs* ou *orbus;* mais si un appelé ne peut recevoir, sa part profitera, non plus par accroissement, mais par une attribution légale, à ceux qui ont le *jus caduca vindicandi*. Il y a là une sorte de substitution. Quant à ceux qui ont le *jus antiquum*, ils ont un droit

(1) Suétone ; — Claude, ch. XIX.

éventuel à l'accroissement, selon les règles de l'ancien droit, basé sur l'identité de vocation.

Supposons trois héritiers : Primus *cælebs*, mineur de 25 ans ; Secundus *cælebs*, âgé de 30 ans ; Tertius, père d'un enfant vivant. Chacun devrait recueillir 1/3 de l'hérédité, mais Secundus ne peut, en raison de son état, toucher sa part; elle ira entièrement à Tertius qui a le *jus caduca vindicandi*, et non à Primus qui n'a que la *solidi copacitas*. Tertius est, d'après la loi Julia, comme institué conditionnellement au détriment de Primus, pour le cas ou Secundus n'aurait pas le *jus capiendi*. Si Primus est le fils du testateur, il a le *jus antiquum*; d'où, droit à l'accroissement, c'est-à-dire droit à la moitié de la part de Secundus.

La *solidi capacitas* comprenait plusieurs classes de personnes; le *jus antiquum* était restreint aux ascendants et aux descendants du testateur, jusqu'au troisième degré inclusivement (U. R. XVIII) : *Item liberis et parentibus testatoris, usque ad tertium gradum, lex Papia jus antiquum dedit ;* et L. *un., pr.* C., *de Cad. toll.*, VI, 51 : *solis parentibus et liberis testatoris usque ad tertium gradum... suum imponere jugum erubuit jus antiquum intactum eis conservans.*

Ajoutons cependant, l'empereur et son épouse (L. 31, D., *de legibus*, I, 3.), et aussi les gratifiés par un militaire, car on veut respecter leur volonté : *voluntas militis pro jure servatur*, (L. 1, C., *de test. mil.*, VI, 21). Or, seule la dévolution des parts vacantes, faite d'après les règles de l'ancien droit, repose sur la volonté du testateur.

Quel est le domaine du *jus antiquum ?* Faut-il appliquer *le jus antiquum*, non pas seulement aux portions de-

venues vacantes par l'ancien droit (v. g. le prédécès du légataire avant le testateur, sa répudiation), mais encore, aux libéralités devenues caduques, par suite des lois nouvelles (*orbitas* et célibat)?

Dans le sens de la négative, on fait valoir plusieurs considérations : d'abord le concours entre un ascendant ou un descendant et un *pater* serait difficile à régler : on ne sait qui il faudrait préférer. — C'est accorder un droit nouveau à ces personnes exceptées (ascendants ou descendants) auxquelles le législateur n'a entendu conserver que la situation primitive qu'elles avaient avant la nouvelle législation (L. *un.*, C. pr., VI, 51, *V*[is] *jus antiquum eis conservans*), car, elles jouiront de droits qui n'ont été établis qu'en vue de favoriser la paternité. — Enfin, c'est les préférer aux *patres* contrairement à l'esprit du législateur, puisque ceux-ci prennent les parts caduques *cum suo onere*.

En faveur de l'affirmative qui nous semble préférable, nous dirons avec M. Marchelard (1), que les enfants et les ascendants sont unis étroitement au testateur. A ce titre, ils méritent d'être aussi bien traités que les *patres*. — Le but principal de la loi *Julia* sera atteint, puisque le célibat sera toujours puni. Les personnes exceptées dont nous parlons ont le *jus antiquum*, le droit d'accroissement, c'est-à-dire le droit de recueillir toutes les parts défaillantes. Elles ont aussi le droit aux parts devenues caduques, d'après les lois Juliæ. C'est ce que montre la rubrique du t. XVIII, R. U. *Qui habeant jus antiquum in caducis*, et le titre lui-même qui accorde aux personnes exceptées des lois caducaires, *quod ex eo testamento non*

(1) Machelard, p. 99.

capit. Le mot *capit* est général. — Enfin, l'argument qui consiste à dire que les enfants et les descendants sont mieux traités que les *patres*, parce que le droit d'accroissement avait lieu en principe sans charges, ne porte pas. Il faut bien en effet appliquer les règles de l'accroissement quand celui-ci a lieu, et les règles de la dévolution des parts caduques quand ces parts existent. On conçoit aussi que le *caducum*, dévolu *ex lege*, le soit avec ses charges, car il y a une sorte de substitution qui met le *pater* à la place du défaillant. Recevant l'émolument, il doit supporter les charges. Au contraire, le fils venant en vertu du droit d'accroissement, vient en vertu d'un droit personnel. Du reste, sous Sévère, l'accroissement eut lieu *cum onere*. De plus, pour exercer le droit d'accroissement, il faut avoir une vocation à la totalité, il faut être *conjunctus re ;* au contraire pour exercer la *caducorum vindicatio*, la conjonction est inutile. — L'ascendant ou le descendant ne peuvent user du droit d'accroissement que relativement aux legs qu'ils auraient dû supporter, s'ils eussent été valables ; au contraire, la *caducorum vindicatio* a trait même aux legs qui ne grèvent pas la part des héritiers *patres*.

A lire les textes, on pourrait croire que le *jus antiquum* ne s'applique qu'aux institutions d'héritier. En effet le titre XVIII, R. U., dit : *jus antiquum dedit, ut heredibus illis institutis ;* Justinien lui-même (L. *un. pr.*, C., *de Cad, toll.*. VI, 51.) dit : *si scripti fuerant heredes*. Mais ce serait une erreur. Les textes se sont occupés de régler la situation la plus fréquente, celle où des *parentes* et des *liberi* sont institués héritiers, mais ils n'ont pas entendu refuser le droit d'accroissement aux légataires ;

ce qui surprendrait d'autant plus que ces derniers seraient moins bien traités que les héritiers, précisément parce que la libéralité qu'ils tiennent du défunt est plus modique (1).

Le *jus antiquum* s'applique encore aux dispositions *pro non scriptis*, car la libéralité *pro non scriptâ* n'ayant jamais reposé sur la tête du gratifié, ne peut-être considérée comme caduque, *velut ceciderit ab eo* (R. U. XVII, 1); et est un legs d'usufruit en raison de leur nature spéciale.

Indiquons brièvement en quoi le *jus capiendi* diffère de la *testamenti factio*.

La *testamenti factio*, c'est dans un certain sens, la faculté d'être institué ou d'être gratifié d'un legs; le *jus capiendi* c'est aussi le droit de recueillir une libéralité testamentaire. Mais la *testamenti factio* était exigée à trois époques (Inst., § 4, II, 19, *de hered. qual.*). L'étranger n'avait pas la *testamenti factio* (U. R. XXII, 2) et il ne pouvait rien recevoir alors même qu'il serait devenu citoyen à la mort du testateur. (L. 59, § 4, *de hered. inst.*, XXVIII, 5, *fr. Celsus*). Le *jus capiendi* était exigé pour le *cælebs* et l'*orbus*, seulement au moment de la délation d'hérédité, dans les cent jours qui suivaient le décès du testateur (Ulp. R. XVII, 1). Les principes rigoureux du droit fléchissaient par faveur pour le mariage.

Quand la *testamenti factio* n'existait pas, la libéralité était *pro non scriptâ* et donnait lieu non pas à l'application des principes du *jus caduca vindicandi*, mais à

(1) Machelard, p. 103. — *Contra* van Wetter, p. 198 (Argts : les textes, U. R. XVIII, et C. 6-5, *loi un. pr.*, sont formels).

ceux du *jus antiquum;* au contraire, quand la *testamenti factio* existait, mais sans le *jus capiendi*, la libéralité était valable dans le principe, mais elle pouvait devenir caduque et était régie selon les règles du *jus caduca vindicandi.*

D'après le § 2, Inst. *quib. mod.* II, 17, le testament est rompu par un testament postérieur, *jure perfectum*, fait selon les formalités exigées, qu'il donne en fait, ou qu'il ne donne pas d'héritier, pourvu qu'en droit il ait pu en donner un. Eh bien! si on institue dans le second testament une personne qui n'a pas la *testamenti factio* ce testament est nul; au contraire un testament, dont l'institué ne fait défaut que parce qu'il n'a pas le *jus capiendi*, est valable et rompt le premier testament (G. II, 144).

Les jurisconsultes romains prenaient quelquefois l'expression de *jus capiendi*, dans le sens de *testamenti factio* (V. g. G., II, 110; Inst. § 4, *de hered. qual.* II, 19); mais nous venons de voir qu'il importe de distinguer ces deux expressions au point de vue de leurs conséquences et aussi au point de vue de l'intelligibilité des textes.

Le fils de famille n'est pas dispensé des rigueurs des lois caducaires, car, d'un côté, le père de famille peut être contraint à marier son enfant (L. 19, D., *de ritu nupt.*, XXIII, 2): *coguntur in matrimonium collocare et dotare*, dit Marcien; de l'autre, le fils n'ayant rien en propre, la résistance du père, contraire au vœu de la loi *Julia*, lui profiterait, au détriment de son fils. C'est pourquoi, si le fils n'est pas capable de recevoir, le père ne peut profiter de la libéralité faite à son fils (L. 140, V. S., *fr. Ulp.*).

La femme qui était mariée était assimilée à un *orbus*, quand elle n'avait qu'un ou deux enfants; mais, si elle en avait trois — peu importe à ce point de vue, qu'ils soient vivants ou morts, et ce, à la différence du *pater* dont l'enfant doit être vivant — elle avait la *solidi capacitas*, mais non le *jus caduca vindicandi*. Les textes en effet, ne parlent que des *patres* à propos de ce dernier droit.

Ce n'est pas l'esclave qui devait avoir le *jus capiendi*, car il ne pouvait se marier et avoir des enfants légitimes, mais bien le maître auquel il appartenait et dont il empruntait la personnalité. L'esclave pouvait, sans avoir le *jus capiendi*, recevoir, avec la liberté, une succession ou un legs. Mais si l'esclave devait acquérir à son maître, le maître devait avoir le *jus capiendi*, car c'est lui qui acquérait (L. 79, *de acquir. vel omitt.*, XXIX, 2, *fr. Ulp.*)

On peut avec la loi 82, *eod. fr. Ter. Clemens*, supposer le cas où l'esclave de celui qui n'a pas le *jus capiendi*, est institué héritier, puis affranchi ou aliéné, avant qu'il ait fait adition d'hérédité sur l'ordre de son maître. Dans cette hypothèse, l'esclave profitera de l'hérédité, s'il n'y a pas eu fraude à la loi *Julia*.

Si un legs a été fait à un esclave héréditaire, quelle est la capacité qu'il faut considérer ? Le legs est acquis à l'hérédité jacente et profitera à celui qui recueillera l'hérédité, dans la mesure de sa part héréditaire. Le surplus appartiendra à ceux qui ont le *jus antiquum* ou le *jus caduca vindicandi*, ou au peuple, suivant les cas, car on ne peut s'inquiéter de la capacité de l'ancien maître qui est décédé, ni de celle du nouveau qu'on ne connaît pas (L. 55, § 1, *de leg.*, 2°, *fr.* G.).

Un père de famille qui n'a pas le *jus capiendi*, peut-il acquérir la libéralité faite à son fils capable ? Non, car c'est la personne du père qui est envisagée, et d'autre part, il serait facile de tourner la loi, si un père incapable pouvait recevoir par l'intermédiaire de son fils capable. Il suffit en effet de supposer un père adoptif ou un père naturel marié en justes noces, mais contrairement aux dispositions des lois *Juliæ* (1).

Nous venons de parler des *cœlibes*, des *orbi*, de ceux qui ont la *solidi capacitas*, ou le *jus antiquum*. Voyons maintenant le *jus patrum*. Après les peines, voyons les récompenses.

§ 3. — *Jus patrum.*

Les parts caduques ou quasi-caduques pouvaient être revendiquées à titre de récompense, par les personnes qui, gratifiées dans le même testament, avaient satisfait à la loi. Les *patres* recueillaient leur libéralité personnelle et les *caduca*. C'était un mode d'acquérir *ex lege* (Ulp. (R. XIX, 17).

La condition essentielle pour exercer ce droit, c'est d'avoir un enfant (LL., 148 et 149, *fr.* G., V. S.).

Gaius (II, 286) nous indique qu'à l'origine le *jus caduca vindicandi* ne s'appliquait qu'aux institutions et aux legs; mais que, depuis le s.-c. Pégasien, il fut étendu aux fidéicommis : *Postea s.-c. Pegasiano perinde fideicommissa quoque ac legata hereditatesque capere posse prohibiti sunt.*

Quels enfants comptaient pour le *jus caduca vindicandi* ?

(1) Machelard, p. 84.

Le mot *liberi* était pris dans le sens de l'édit, ainsi qu'il était entendu par exemple, pour accorder la *bonorum possessio unde liberi*. « Il ne s'appliquait, dit Machelard (1), qu'aux enfants qui étaient *sui* ou qui l'auraient été à défaut d'une mancipation dont le droit prétorien ne tenait aucun compte. »

Le fils adoptif était *liber* dans le sens du droit civil, et pouvait compter à l'adoptant; mais des fraudes se produisirent, l'adoption n'ayant rien de sérieux et étant bientôt suivie d'une émancipation. Aussi un s.-c. (2) déclara que seuls les enfants naturels conféreraient le *jus patrum*.

On ne tenait pas compte de ceux qui étaient nés en dehors des justes noces; le mariage devait même être contracté *secundum novas leges ;* ni de ceux qui étaient décédés. De même, les *nepotes ex filiâ* ne comptaient pas à l'aïeul maternel. Il y avait sur ce point une certaine analogie avec les règles de la tutelle (F. V, 195). Au fond, le *jus patrum* reposait sur la *patria potestas*.

Les femmes n'avaient pas la *caducorum vindicatio*. La tendance du droit romain conduisait à cette solution. En effet, jusqu'aux s.-c. Tertyllien, rendu sous Adrien (117 de J.-C.) et s.-c. Orphitien, sous Marc-Aurèle (161 de J.-C.), la mère ne pouvait succéder à ses enfants et réciproquement. Il n'y a pas de rapports entre eux au point de vue successoral. La mère n'a pas d'héritiers siens, car ses enfants ne sont pas en sa puissance, d'où, le préteur ne leur donne pas la possession *unde liberi;* il ne leur donne

(1) Machelard, p. 110.
(2) Tacite, *Annales*, liv. XV, ch. XIX.

pas non plus la *possessio contra tabulas* (L. 13, *de suis et leg. hered.*, XXXVIII, 16; L. 4, § 2, *de b. p. cont. tab.*, XXXVII, 4 : Inst., § 3, *de hered. qual.*, II, 19). Or, on ne peut pas logiquement accorder le *jus caduca vindicandi*, quand on refuse le droit de succéder entre parents aussi proches.

De plus, on ne voulait pas que les femmes pussent acquérir de trop grandes richesses, comme le montre par exemple la loi *Voconia*, 585 de R. (G. II, 226, 274). La femme était dans une situation inférieure à l'homme, au point de vue de la capacité héréditaire.

La femme n'avait pas droit aux *præmia patrum*, mais elle n'était pas exempte des peines portées par les lois caducaires. Elle était privée du *jus capiendi*, si elle gardait le célibat. La preuve s'en déduit du t. XIV, U. R., accordant une année de *vacatio*, *a morte viri*, ou six mois, *a divortio*, d'après la loi *Julia ;* deux ans *a morte viri*, un an et six mois *a repudio*, d'après la loi *Papia*.

Mais la femme qui avait mis au monde trois enfants, si elle était ingénue, quatre, si elle était affranchie, avait le *jus liberorum*. Elle pouvait prendre ce qui lui avait été laissé par testament, elle avait la *solidi capacitas*. Il n'était pas nécessaire que ces enfants eussent survécu. Si la femme avait eu moins de trois ou quatre enfants, elle était *orba* et n'avait droit qu'à la moitié de ce qui lui avait été laissé. Mais le prince pouvait la relever de cette déchéance (P. S. IV, IX, §§ 1 et 9).

Observation : Une première condition pour que la *caducorum vindicatio* puisse s'exercer, c'est que le testament produise un effet, au moins partiel, en faveur de l'héritier seul institué. Or, s'il y a deux testaments, et que le

second contienne l'institution d'un héritier incapable d'après la loi *Julia* (v. g. célibataire), le premier testament est rompu par le dernier, et celui-ci est sans force (G. II, § 144). Conséquence : dans ce cas, l'*ærarium* ne succédera pas, puisqu'il n'y a pas d'héritier testamentaire.

Une seconde condition, c'est que l'héritier ne soit pas institué pour le tout. Dans ce cas en effet, les héritiers *ab intestat*, profiteraient seuls, de la défaillance de l'héritier. Pour ce motif également, il est inutile d'attendre cent jours pour ouvrir les tablettes. (U. R. XVII, 1. in fin.).

Il convient d'examiner maintenant quelles sont les causes de nullité qui tombent sous le coup des lois caducaires.

CHAPITRE III

DES DIVERSES ESPÈCES DE BIENS RECONNUS PAR LES LOIS CADUCAIRES

Toutes les libéralités non recueillies sont-elles soumises au droit nouveau des lois caducaires ?

Il faut avec le § 2 de la constitution de Justinien (VI. 51), distinguer trois sortes de dispositions : *Et cum triplici modo ea quæ in ultimis elogiis relinquuntur, contingebat deficere.* Les dispositions *pro non scriptis*, les *caduca*, les libéralités *in causâ caduci.*

§ 1. — *Des dispositions pro non scriptis.*

Ce sont celles qui sont nulles dès l'origine. Elles restent soumises à l'ancien droit (L. *un.*, §§ 2, 3, C., *de cad. toll.*, VI. 51).

Le legs révoqué par testament ou par codicille est comme *pro non scripto*, d'où il profite à l'héritier qui en était chargé (L. 14, *pr.*, *de leg.* 1°, et L. 2, § 2, 1re ph. *de jure codicill.*).

Le titre VIII, *de his quæ pro non scriptis habentur*

(Liv. XXXIV, D.) indique des hypothèses de dispositions nulles *ab initio*.

1° Au point de vue de la *testamenti factio*. — Le légataire ou l'héritier ne sont pas *in rebus humanis*, au temps de la confection du testament, la disposition est nulle (L. 4, *pr. h. t.* et L. *un.*, § 2, C., VI, 51). La raison en est dans la L. 14, *pr.*, *de jure codicill.*, XXIX, 7: *Esse enim debet cui detur. Deinde sic quæri, an datum consistat ut non ante juris ratio quam persona quærenda sit.*

Ce premier cas doit être généralisé et étendu à tous ceux ou la *testamenti factio* manque de la part du sujet de la libéralité: v. g. s'il s'agit d'un esclave condamné aux mines, car il est *servus pœnæ, non Cæsaris* (L. 3, *pr.*, *de his quæ pro non script.*) ; ou de personnes incertaines (G. II, 238) ; ou des posthumes externes, c'est-à-dire qui ne seront pas héritiers siens à leur naissance (G. 2, 241); ou des corporations non reconnues (U. R. XXIV, 18, et L., 20, D., *de reb. dub.*, XXXIV, 5, *fr. Paul*); ou d'un prisonnier de guerre, qui est au pouvoir de l'ennemi, au moment de la confection du testament, et qui ne revient pas au camp (L. 4, § 1, *de his quæ pro non;* et L. 101, § 1, *de leg.* 1°).

De même, la disposition est nulle *ab initio*, si le testateur fait un legs à l'esclave d'autrui, ou l'institue héritier, et qu'il acquiert l'esclave (L. 3, § 2, *de his quæ pro non*). *Nam quæ in eam causam pervenerunt, a quâ incipere non poterant, pro non scriptis habentur.* Mais ce motif est erroné, car, toutes les défaillances qui ont lieu après la confection du testament, sont dans ce cas, et seraient *pro non scriptis*. Cette maxime de Marcien a

été admise en l'espèce, pour réduire le domaine de la caducité (1).

De même, si un testateur institue son esclave et ne lui confère pas la liberté en même temps, ou lui fait un legs sans l'affranchir ou le lègue à un tiers, l'institution ou le legs sont nuls, *quia institutio in personâ ejus non consistit, ideoque licet alienatus sit, non potest jussu domini cernere hereditatem* (G. II, 186 et 187; U. R. XXII, 12; L. 76, *de hered. inst.* XXVIII, 5, *fr. Papin.*).

De même si après la confection du testament, l'héritier ou le légataire est condamné aux mines (L. 3, § 1, *de his quæ pro non*). Logiquement, cette disposition, comme celle du § 2 de la loi 3, *h. t.*, devrait être caduque (U. R. XVII, 1); mais, comme nous l'avons dit, les lois *Juliæ* étant vues avec peu de faveur, on préférait appliquer la maxime : *quæ in eam causam pervenerunt*, etc., ce qui permettait aux règles de l'accroissement d'avoir lieu.

Le legs fait à l'esclave ou au fils de famille de l'héritier, purement et simplement, est inutile et profitera à l'héritier en vertu de la règle Catonienne et des principes du *dies cedit.* (G. II. 244); de même et pour les mêmes raisons, est inutile, le legs fait au maître d'un esclave institué héritier, si, à l'adition d'hérédité, l'esclave est au pouvoir du même maître.

2° Au point de vue de la commercialité. — Le legs est *nullius momenti*, lorsqu'il porte sur une chose qui n'est pas dans le commerce, v. g. s'il s'agit de choses destinées à l'usage public. L'héritier n'en doit pas même l'estimation (L. 39, § 9, *de leg.* et 1°, *fr. Ulp.* de Inst., § 4, II, 20).

(1) Van Wetter, p. 234.

3° Au point de vue de la clarté du style. — Les dispositions inintelligibles sont *pro non scriptis*. (L. 2, D., *de his quæ pro non*, XXXIV, 8; et L. 73. § 3. R. J. *fr. Scævol*).

4° Au point de vue de l'intention. — L'institution *quos Titius voluerit* est vicieuse, parce que : *testamentorum jura ipsa per se firma essè oportere, non ex alieno arbitrio pendere* (L. 32, *pr., de hered. inst.*, XXVIII, 5, *f. Gaius*); de même l'institution ou le legs faits en faveur de celui qui écrit le testament sont *pro non scriptis* (L. 1, D. *de his quæ pro non*). On veut que la liberté du testateur soit entière.

5° Au point de vue de l'acte qui contient la libéralité. — Si le legs est contenu dans un codicille non confirmé par testament, *non valet* (G. II, 270ª). *Secùs* des fidéicommis.

On ne peut non plus faire utilement un legs avant de faire l'institution (U. R. XXIV, 15; G. II, 229). *Ob id velut caput et fundamentum intelligitur totius testamenti heredis institutio.*

On ne peut non plus léguer à un héritier lorsqu'il est seul institué (U. R. XXIV, 22); *ni post mortem heredis* (G. II, 232 et U. R. XXIV, 16), *ne ab heredis herede legari videatur ;* ni à la charge d'un légataire (G. II, 271; U. R. XXIV, 20).

6° Au point de vue du motif. — Sont nulles les dispositions qui ne reposent pas sur un motif de libéralité; mais sur un motif ou d'intérêt de cupidité, de coercition ou d'injure: *omne quod in cujusque lucrum aliquid ex ultimâ voluntate sentientis* (L. 1, D., *de his quæ pœnæ*, XXXIV, 6, *fr. Afric.*) *quod coercendi heredis causa relinquitur, quo magis aliquid faciat aut non faciat* (Inst., § 36, *de Leg.*, II, 20), *turpia legata, quæ denotandi magis legatarii scribuntur, odio scribentis pro non scriptis*

habentur (L. 54, *pr.*, D., *de leg.* 1°, *fr. Pomp.*).

Ainsi, les dispositions qui sont nulles dès le principe parce que le gratifié était déjà mort ou incapable, c'est à-dire privé de *factio testamenti*, au moment de la confection du testament, ne donnent pas lieu à l'exercice du *jus patrum* et sont gouvernées par les règles de l'ancien droit. Elle restent en dehors des innovations des lois caducaires, à la différence des libéralités caduques ou quasi-caduques auxquelles nous arrivons maintenant.

§ 2. — *Des* caduca

Ce sont les dispositions qui, valables d'après l'ancien droit civil, ne manquent leur effet que par application des lois caducaires.

Dans cette catégorie rentrent: 1° les libéralités faites à des *cælibes*, à des *orbi* ou à des *patres solitarii*; 2° celles qui sont faites à des Latins-Juniens; 3° celles dont le destinataire meurt ou devient incapable entre la mort du testateur et l'ouverture des tables du testament.

Le *dies cedit* du legs pur et simple fut reculé jusqu'à l'ouverture des tables du testament. Ce retard du *dies cedens* fut la conséquence du retard de la délation d'hérédité à cette même époque. Si l'héritier ou le légataire décédaient avant ce temps, ils ne transmettaient rien à leurs héritiers.

L'ouverture des tables, qui devait se produire dans un délai assez court et suivant des formalités indiquées par Paul, (S. IV, 6), avait pour but principal de faciliter la rentrée de l'impôt fixé au 1/20, en intéressant les héritiers à ouvrir vite le testament, l'adition ne pouvant avoir lieu qu'après cette formalité.

Dans deux cas, cette mesure rigoureuse contre les héritiers et les légataires, recevait exception:

1° Si l'héritier institué l'était pour la totalité, *ex asse*, car alors, la défaillance de l'héritier entraînait la chute du testament. Le *dies cedit* était reporté à l'adition d'hérédité; (L. 1, § 4, *de jur. et fact. ignor.*, XXII, 6; U. R. XXIV, 31).

2° Si l'héritier institué ou le légataire est un descendant, car il acquiert de plein droit (C., Liv. VI, t., 52, *de his qui ante ap. tab.*; *an*,, 450, *Theod. et Val.*). Auparavant, il fallait qu'il s'agît d'un héritier sien (L. 1, § 8, *de dot. coll.*, XXXVII, 6).

§ 3. — *Libéralités* in causâ caduci

Ce sont toutes celles qui, valablement écrites, manquent leur effet par une cause étrangère aux lois caducaires.

Exemple : l'héritier institué ou le légataire répudient; la condition apposée à leur libéralité vient à défaillir; les gratifiés meurent du vivant du testateur; l'institué meurt après l'*apertura tabularum*.

Ces dispositions sont assimilées aux *caduca* et en suivent les règles. Aussi, au point de vue pratique, il importe assez peu de distinguer les deux catégories de dispositions. Les jurisconsultes romains appliquaient eux-mêmes, aux unes et aux autres, l'expression de *caduca*, et, le titre XVIII, U. R. intitulé : *Qui habeant jus antiquum in caducis*, ne s'entend que des dispositions *in causâ caduci*.

Mais au point de vue des origines, la distinction que nous avons établie avec nos maîtres (1) n'est pas celle

(1) Accarias, t. I, (*Ed.* 1874), pages 897 et s. — Ortolan, t. II, p. 591 (*Ed.* 1880).

du Code de Justinien (VI, 51, *de cad. toll.*, § 2.) Cependant elle se trouve clairement exprimée dans la définition d'Ulpien (R., XVII, 1): *Quod quis sibi testamento relictum, ita ut jure civili capere possit aliqua ex causa non ceperit, caducum appellatur, veluti ceciderit ab eo.* Il s'agit non seulement des dispositions valables *ab initio*, mais encore de celles que l'appelé pourrait recueillir, *jure civili*, et Ulpien y oppose les autres libéralités que le bénéficiaire ne pourra recueillir pour toute autre cause que celles *ex jure civili*. L'antithèse est flagrante, dit Ortolan, et elle est conforme à la marche des idées. En effet, les lois caducaires créent des causes de déchéance inconnues jusque-là : elles règlent à leur guise les libéralités qui en sont atteintes. Elles s'emparent aussi des libéralités qui ne peuvent sortir à effet d'après le droit civil lui-même et les assimilent aux dispositions caduques.

Quant à Justinien, à l'époque duquel il ne reste plus que des vestiges des lois caducaires, et des cas très rares de caducité, il distingue suivant que le disposant est mort ou existe, pour dire si la libéralité valable *ab initio* est caduque ou *in causâ caduci : vel vivo testatore, is qui aliquid ex testamento habuit, post testamentum ab hâc luce subtrahebatur : vel ipsum relictum expirabat, (forte quâdam conditione, sub quâ relictum fuerat, deficiente) : quod veteres appellabant* in causâ caduci : *vel mortuo jam testatore hoc quod relictum erat, deficiebat, quod apertâ voce* caducum *nuncupatur*. Mais l'empereur ne cite que des causes de déchéance venant du droit civil, les autres, sauf celle qui résulte du temps de la capacité fixée à l'*apertura tabularum*, ayant disparu.

Ulpien, au contraire, cite seulement des causes de déchéance dues aux lois caducaires (U. R., XVII, § 1). Mais le texte n'est pas limitatif, il dit en effet : par forme d'exemple : *verbi gratia*.

En définitive, voici à quoi se réduit la divergence : Dans le système de Justinien, la grande ou la moyenne *capitis deminutio* de l'institué, sa mort ou sa répudiation, survenues *post apertas tabulas*, la défaillance de la condition, après la mort du testateur, sont des cas de caducité ; mais ce sont des déchéances *in causâ caduci*, suivant l'opinion contraire, car elles proviennent du droit civil. Mais comme nous l'avons déjà remarqué, ces deux classes de libéralités sont, en fait, traitées de la même façon (1).

La distinction du Code s'explique par cette considération que l'héritier *ex parte* ou le légataire pur et simple, n'ont un droit ouvert à la succession ou au legs, qu'au moment de la mort du testateur (qu'à l'*apertura tabularum* sous les lois caducaires). Par conséquent, ce n'est qu'à cette époque que la disposition testamentaire pourra en quelque sorte tomber de leurs mains et devenir caduque. Mais, jusque-là, la libéralité ne pourra sortir à effet ; dès lors, l'héritier ou le légataire prédécédant, la libéralité ne peut être qu'assimilée à une libéralité caduque.

Observons combien il est exorbitant que des *patres* soient appelés à recueillir des libéralités auxquelles les gratifiés eux-mêmes n'avaient même pas vocation, par suite de leur prédécès ; combien il est remarquable qu'ils soient substitués à des personnes qui n'avaient aucun droit, aucune espérance à la libéralité.

(1) Ortolan, p. 592, note 1, t. II.

Les libéralités quasi-caduques sont régies, comme nous l'avons déjà dit, non pas par les principes du *jus adcrescendi,* mais par ceux du *jus caduca vindicandi.*

On ne peut objecter contre cette solution la loi 39, § 2, *de vulg. et pupill.* (XXVIII-6). Il s'agit, en effet, dans ce texte, du droit d'accroissement. Le jurisconsulte suppose quatre héritiers; trois sont pourvus de substitués, le quatrième n'en a pas. Celui-ci meurt, *vivo patre familiâs,* avec l'un des trois autres. Eh bien ! le substitué prenant la place de l'institué recueille par accroissement une portion de la part de l'héritier qui n'avait pas de substitué. Or, dit-on, c'est bien une libéralité quasi-caduque dans le sens de la constitution du Code. Oui, mais si ce texte ne cadre pas avec les *leges novæ*, cela tient à ce que Javolène rapporte l'opinion d'Ofilius et de Cascellius, antérieurs aux lois caducaires. Javolène, lui, vivait bien sous les lois caducaires, et alors, il a dû, après avoir fait connaître le droit ancien et l'avoir approuvé, donner une solution différente basée sur la législation nouvelle. Cependant le texte n'en dit rien, parce que Tribonien, sans doute, s'est conformé à la prescription de Justinien, voulant que le droit primitif fût rétabli et que le souvenir même de ces lois (*captiosas et ipsis veteribus odiosas*), disparût du Digeste : *sed in his nihil de caducis a nobis memoratum est* (L. 2, § 6, et L. 3, § 6, C., *de vet. jur. enucl.*, I, 17).

On ne peut objecter non plus la loi 88, § 3, *dé leg.* 2°. *Lucius Eutychus, vivâ testatrice decessit : pars hereditatis ejus ad coheredem pertinuit.* Il s'agit bien d'une libéralité quasi-caduque et cependant l'accroissement a lieu ! — Mais pour rendre compte de ce texte, comme de quelques autres, il suffit de supposer que ce cohé-

ritier obtient l'hérédité, parce qu'il est un *pater*, récompensé de sa paternité par la loi *Julia*.

Après avoir écarté les objections, citons les textes décisifs en faveur de notre opinion, qui du reste n'est que l'opinion générale (U. R. XVII, *de caducis*, §§ 1, 2, 3 et XIX, *de dominiis et adq. rer.*, § 17). Ces textes sont généraux.

On peut tirer argument, dans le même sens des lois 24 et 26, *fr. Celsus;* 25, *fr. Ulp.* D. *de hered inst.* (XXVIII, 5.) : *Titius et Seius, uterve eorum vivet, heres mihi esto : existimo, si uterque vivat, ambo heredes esse* : *altero mortuo, eum qui supererit, ex asse heredem fore* (L. 24).

Idque et in legato eodem modo relicto senatus censuit (L.26).

Quia tacita substitutio inesse videatur institutioni (L. 25).

Or, à quoi servirait cette substitution, dans le système adverse, si la part du prédécédé devait être régie par les principes du *jus adcrescendi?* Sans cette substitution, il y aurait lieu à l'application des lois caducaires.

Enfin, le Code est formel pour établir une distinction entre les libéralités caduques ou quasi-caduques et les libéralités *pro non scriptis*. Il rappelle ainsi la théorie en vigueur sous les lois caducaires, toutes de faveur pour les *patres*.

Plaçons ici une remarque, à propos d'un cas de quasi-caducité, relevé par la loi *un*, C., VI, 51, dans son § 2 : *forte quâdam conditione, sub quâ relictum fuerat, deficiente*. D'après ce passage, la disposition conditionnelle où la condition fait défaut doit être assimilée à la disposition caduque. Cependant, d'après les principes de

la condition, l'événement auquel était soumise la libéralité, ne s'étant pas réalisé, la libéralité devrait être considérée plutôt comme n'ayant jamais été faite, *pro non scriptâ*, car une disposition conditionnelle dont la condition fait défaut est nulle *ab initio*.

S'il s'agit d'une institution d'héritier conditionnelle, et que la condition ne se réalise pas, c'est comme si le testateur n'avait pas distribué toute son hérédité, la part assignée conditionnellement étant censée ne l'avoir jamais été *defectu conditionnis*. Aussi cette part accroît aux autres héritiers, proportionnellement à leurs parts (L. 13, § 2, *de hered. inst.*, XXVIII, 5, et § 7, Inst., *h. t.* II, 14 ; *Jul.* L. 26, § 1, *de Cond., et dem.*, XXXV, 1 ; L. 59, § 6, *de hered. inst.*, *fr. Celsus* ; L. 6. L. 7, *pr. de reb. dub.*, XXXIV, 5 *fr.*, *de Mœcianus et de G.*).

La L. 31, 1re ph., *de cond. et dem.*, XXXV, 1, *fr. Africain*, justifie également notre solution quant aux legs. Stichus et Pamphila sont affranchis par testament, et l'héritier doit leur donner 100, s'ils se marient. Stichus meurt *ante apertas tabulas*, le legs est caduc. Pamphila n'a pas rempli la condition, son legs est considéré comme nul *ab initio* et est retenu par l'héritier, suivant les anciens principes de l'accroissement qui ne subsistent, sous les lois caducaires, que dans les dispositions *pro non scriptis* et quelques autres cas.

Ulpien dit également dans la loi 59, *pr.*, *h. t.* : *Intercidit legatum si ea persona decesserit, cui legatum est sub conditione.*

Mais la constitution de Justinien est précise.

CHAPITRE IV

DÉVOLUTION DES BIENS CADUCS OU QUASI-CADUCS ET RÈGLES DE LA CADUCORUM VINDICATIO

---

§ 1. — *Dévolution des portions caduques*

Les dispositions caduques profitaient aux *patres* nommés dans le testament (*qui in eo testamento liberos habent* (G. II 206). C'était un mode d'acquérir *ex lege*, (U. R. XIX, 17).

Dans quel ordre ? Le voici.

La loi appelait d'abord les légataires conjoints ayant des enfants ; puis à défaut de ceux-ci, les héritiers *patres;* en troisième ordre, les légataires *patres* non conjoints ; enfin, à défaut de tous ceux-là, le trésor public (*ærarium*). « *Velut parens omnium populus vacantia teneret* (1). » C'est ce que dit Gaius. G. II § 207 : « *Et quamvis prima causa sit, in caducis vindicandis, heredum liberos habentium, deinde, si heredes liberos non habeant, legatariorum liberos habentium, tamen ipsa lege Papia significatur ut collegatarius conjunctus, si liberos habeat, potior sit heredibus etiamsi liberos habebunt.*

(1) Tacite, *Ann.*, liv. II, ch. XXVIII.

La forme du legs importe peu (G. II, 208) : *nihil interesse, utrum per vindicationem, an per damnationem legatum sit.*

Lorsque la libéralité caduque était une part d'hérédité, les légataires, au moyen de la *caducorum vindicatio*, devenaient héritiers « ce qui était un tour de force dans les idées romaines » (1).

Mais, dans quel sens faut-il prendre ici le mot *conjunctus ?* La loi 89, *de leg.*, 3°, *fr. Paul*, répond à la question : *Si vero verbis quidem conjunctus sit re autem non: quæstionis est, an conjunctus potior sit ? et magis est ut et ipse præferatur.* Dans la revendication des parts caduques, le colégataire *verbis tantum* est préféré au colégataire *re tantum*. Le mot conjoint est pris ici au pied de la lettre ; il y a rapprochement de deux noms dans la même formule, cela suffit ; mais si les conjoints le sont *re et verbis*, ils sont préférés.

Ce texte doit s'entendre du *jus caduca vindicandi* et non pas du *jus adcrescendi*, selon tous les auteurs modernes, et cela pour plusieurs raisons :

a. Si on l'entendait du *jus adcrescendi*, il serait en désaccord avec tous les principes de ce droit et tous les textes qui s'y réfèrent, en effet, le droit d'accroissement serait refusé à ceux qui ont la vocation solidaire et accordé à ceux qui n'ont pas cette identité de vocation. Résultat nettement absurde, dit un éminent interprète du droit romain (2).

b. L'inscription de la loi 89 se réfère à la loi *Julia et Papia : lib.* 6, *ad legem Juliam et Papiam.*

(1) Ortolan, t. II, p. 594, note 1, *édit.* 1880.
(2) Accarias, t. I, p. 961, note 1, *éd.* 1874.

c. Au temps de Paul, l'accroissement était rare, et il avait été remplacé presqu'en totalité par le *jus caduca vindicandi* (G. II, 206). L'accroissement avait lieu seulement : 1° lorsque la disposition était *pro non scriptâ;* 2° lorsqu'elle était *in causâ caduci* et que l'un des gratifiés avait le *jus antiquum;* 3° lorsqu'elle était caduque ou quasi-caduque et que tous refusaient de l'accepter; 4° s'il s'agissait d'un legs d'usufruit.

d. Les mots *potiorem*, *potior*, *præferatur* ne peuvent s'appliquer au droit d'accroissement (F. V. 75 et 76; G. II, 207).

Dans le droit d'accroissement, la volonté du défunt est presque toujours observée, en ne tenant compte que de la conjonction *re;* car, deux légataires ainsi joints sont appelés éventuellement à la totalité et le concours seul amène un partage; au contraire, deux légataires qui se trouvent unis dans la même phrase (*verbis tantum*), ont des parts limitées, ils ne sont jamais conjoints qu'en apparence. Il est naturel d'admettre l'accroissement dans le premier cas, et de le refuser dans le second, si l'un des légataires fait défaut. — Presque toujours, disons-nous, car il peut arriver qu'en faisant une conjonction *verbis*, c'est-à-dire en assignant des parts, le testateur n'ait en vue que l'extinction du legs. Mais les jurisconsultes romains refusaient le droit d'accroissement dans cette hypothèse, *quoniam semper partes habent legatarii.* Le droit d'accroissement repose donc sur une base très rationnelle : il donne aux *re conjuncti* ce que le testateur leur a attribué par sa disposition, et il refuse aux *verbis conjuncti* ce que le disposant n'a pas voulu leur accorder.

Or, dans la dévolution des caduques, cette volonté est souvent méconnue. La conjonction découle de l'unité de disposition et non de la vocation à une même chose. Quand à côté du défaillant se trouve un *conjunctus verbis tantum*, qui lui est complètement étranger et a une part séparée, le défaut de l'un doit être sans influence sur le sort de celui qui n'a jamais eu de collègue. Pourquoi a-t-on assis le droit des *conjuncti verbis* sur la ruine des *conjuncti re tantum*, bien que dans certains cas, les premiers mériteraient une protection plausible, si on tenait toujours compte de la volonté du disposant?

Les uns (1) disent qu'on ne peut justifier la solution arbitraire de la loi 89; d'autres disent que la loi 89 n'a pas été « une œuvre de légèreté et d'irréflexion, ni une boutade législative » : ils limitent le nouveau principe aux legs, et laissent subsister celui de la conjonction réelle pour les institutions d'héritier (2). L'argument principal de cette dernière opinion se tire de la loi 142, V. S., *fr. Paul*, rapprochée de la loi 89, *de leg.* 3°. La première loi qui, ainsi que la seconde, se refère à la loi *Julia*, dit que les héritiers simplement *re conjuncti* sont conjoints : *Lucius ex parte dimidiâ heres esto. Seius ex parte, quâ Lucium Titium heredem institui, heres esto. Sempronius ex parte dimidiâ heres esto. Julianus, dubitari posse, tres semisses facti sint, an Titius in eundem semissem cum Gaio Seio institutus sit : sed eo quod Sempronius quoque ex parte dimidiâ scriptus est, verissimilius esse, in eundem semissem duos coactos,*

(1) D'Hauthuille, p. 112. — Glasson, p. 104. — Ortolan, t. II, p. 594.

(2) Machelard, p. 122 et s.

et conjunctim heredes institui. S'il en est ainsi, c'est que les héritiers simplement conjoints *re* ont un droit de préférence, car c'est le seul intérêt de la question au point de vue du *jus caduca vindicandi.* Le texte ne s'explique pas sur la conjonction *verbis,* mais la solution n'en est pas moins certaine pour la conjonction *re.* Il n'y a pas de texte pour la conjonction *re*; de sorte que, sont conjoints au point de vue de la dévolution des parts caduques, ceux qui le seraient s'il s'agissait du droit d'accroissement, et sont préférés, parmi les *patres conjuncti*, ceux qui le seraient d'après les règles du *jus adcrescendi*, c'est-à-dire les *re et verbis conjuncti*, car ils ne forment qu'une tête à l'égard des *conjuncti re.* Viennent ensuite les *re conjuncti*, les *conjuncti verbis* (L. 89, *de leg.* 3°), puis les héritiers simplement *patres*, enfin les légataires *patres* (1) et subsidiairement l'*ærarium.*

Mais la loi 142, V. S. est susceptible d'une autre explication. Elle entend seulement fixer les parts des cohéritiers, en vue du concours : les *conjuncti re* n'obtiendront qu'une part virile fixée à la moitié de la succession, l'autre moitié revenant à leur cohéritier. Il n'est donc pas nécessaire de faire intervenir l'idée d'un droit de préférence. En outre, la loi 89 est générale et s'applique aux héritiers comme aux légataires. Enfin, Paul mentionne la conjonction *verbis* dans la loi 142, mais il garde le silence lorsqu'il s'agit d'en déterminer les effets. Il faut donc supposer qu'il les indique dans la loi 89,

(1) M. Glasson, p. 59, estime que dans la distribution de la part héréditaire caduque, il n'y a pas à tenir compte des *conjonctions*, et qu'entre cohéritiers *patres*, les *caduca* se distribuent entre tous sans qu'il y ait à distinguer s'il s'agit de *conjuncti re et verbis*, *re tantum* ou *verbis tantum*, car le § 207, G. C. II, ne distingue pas.

autrement il n'eût pas traité complètement la question qu'il annonçait par ces mots : *triplici modo conjunctio intelligitur*.

Nous préférons une dernière explication dont le mérite revient à un éminent jurisconsulte belge (1). Elle repose sur la nature même du *caducum* dont la dévolution s'opère facultativement mais avec charges. La libéralité caduque est distincte de celle qui était personnelle au *vindicator*, autrement on ne concevrait pas la possibilité de répudier le *caducum* et l'obligation d'exécuter les charges. « Dès lors la loi *Papia* devait admettre que toute libéralité faite à plusieurs se fractionnait immédiatement en vertu de la disposition, et indépendamment de toute concurrence, en autant de portions distinctes qu'il y avait d'appelés ; ainsi, quand le testateur léguait séparément son fonds à Primus et à Secundus, chaque légataire était et devait être réputé gratifié de la moitié du fonds ; partant, comment faire reposer la préférence des conjoints sur l'unité et la solidarité du legs, alors que celle-ci constituait une impossibilité radicale dans le système caducaire? Or, la conjonction réelle écartée, on ne pouvait plus attacher de droit de préférence qu'à la conjonction verbale. »

Quant aux hésitations de Paul relativement à la conjonction *verbis*, voici à quoi elles tiennent ? La loi *Papia* ne s'est occupée, sans doute, d'une façon positive, que de la conjonction admise jusqu'alors, c'est-à-dire de la conjonction réelle. Les jurisconsultes eurent à combler la lacune de la loi, relativement à la conjonction verbale. Ils accordèrent un droit de préférence à celle-ci, parce que la

(1) Van Wetter, p. 245.

oi même avait, comme le dit Van Wetter (p. 246), transporté le principe de la conjonction requise pour fonder un droit de préférence, de l'unité de la chose à l'unité des termes, en excluant le *re tantum conjunctus* et en admettant le *re et verbis conjunctus*.

Telle est l'explication que l'on peut proposer pour essayer de rendre compte de ce texte des lois caducaires, toutes de faveur pour les *patres*.

Quant aux personnes exceptées, elles ont le *jus capiendi*, c'est-à-dire le droit de prendre la totalité des libéralités qui leur sont faites (*solidum capere possunt*). (U. R. XVI) mais relativement aux libéralités défaillantes (*caduca* ou *in causâ caduci*), elles n'ont pas le droit à l'accroissement détruit par la *caducorum vindicatio*, ni cette *caduci vindicatio* dont la condition essentielle est la paternité.

Celles qui ont le *jus antiquum in caducis* ont la *solidi capacitas* comme les personnes exceptées ; de plus lorsqu'une libéralité, institution ou legs, était défaillante, on suivait à l'égard des ascendants ou descendants, les règles de l'ancien droit relatives à l'accroissement et non celles du *jus caduca vindicandi*. Ce droit d'accroissement s'appliquait tant aux défaillances reconnues par l'ancien droit civil qu'aux défaillances prévues par les lois caducaires : *Quod quis ex eo testamento non capit. Qui habeant jus antiquum in caducis*, dit Ulpien (R. XVIII).

Quelles sont les actions ouvertes aux *patres ?* — Ils ont une vocation légale, ils acquièrent *ex lege*. Ils doivent donc remplacer le testateur et succéder à ses droits. Dès

lors, ils pourront exercer la pétition d'hérédité, s'il s'agit de parts caduques d'hérédité; la *reivindicatio*, si la chose est corporelle ou un droit réel qui appartenait au testateur ; la *conditio ex lege*, si le legs a pour objet un droit de créance ou une *res aliena*. Les textes appellent toujours *caduci vindicatio*, l'action donnée pour réclamer le *caducum* (U. R. XVII, 2; — G. II, 207).

§ 2. — Règles de l'acquisition des *caduca*.

I. — L'acquisition était facultative et opérait de plein droit. Le § 3 du fragment *de jure fisci* est très explicite en ce sens : *Si post diem centesimum patres caducum vindicent, omnino fisco locus non est*. Le fisc sera exclu si les *patres* n'agissent pas ; c'est-à-dire qu'ils ont la faculté de laisser le *caducum* au fisc, s'ils restent inactifs après les 100 jours de l'*apertura tabularum*. Cette décision est rationnelle, puisque le *caducum* est un privilège. Il doit être permis d'y renoncer s'il devient une charge. Par exemple : supposons une hérédité insolvable et trois héritiers : Primus pater, Secundus et Tertius célibataires. Primus accepte avec Secundus qui en a le droit, puisque, *in eâ hereditate, quæ solvendo non est, legi locus non est*, dit Terentius Clemens, dans la loi 72, *de hered. inst.* (XXVIII, 5). Eh bien ! si l'acquisition du *caducum* était forcée, Primus *pater* recevrait *ex lege*, la part caduque de Tertius qui n'accepte pas. Il aurait ainsi les 2/3 de l'hérédité insolvable ; au contraire, si elle est facultative, il s'en tiendra à sa part primitive, et le *caducum* sera partagé par moitié entre Primus et Secundus; ce qui rendra la situation de Primus moins onéreuse.

II. — L'acquisition a lieu de plein droit, car le titre de la vocation des *patres* est fondé sur la loi, (U. R. XIX. 17).

III. — L'acquisition des *caduca* a lieu *cum onere*, c'est-dire avec les charges personnelles au défaillant (U. R. XVII, 3.) : *caduca cum suo onere fiunt.* Celui qui recueille l'institution ou le legs caduc est comme substitué au défaillant. Or, le substitué doit accepter la charge comme l'émolument de sa position. Il ne peut être mieux traité que le défaillant que le testateur lui avait préféré.

Nous avons dit sous le n° 1, que faute de la part des légataires *patres* d'exercer l'action après les cent jours de l'ouverture des tablettes, les *caduca* passaient au fisc. Or, le délai de cent jours fut emprunté à la *cretio* (Ulp. R. XXII, 3). La *cretio*, *id est certorum dierum spatium quod datur instituto heredi ad deliberandum*, pouvait être *vulgaris* ou *continua* (*vulgaris illa in quâ adjiciuntur hæc verba : quibus sciet poteritque*, *continua in quâ non adjiciuntur*). Dans la première, on comptait les jours utiles ; dans la seconde, tous les jours. La première était la règle. On peut donc dire qu'il s'agit, dans la *vindicatio* d'un délai utile. (G. II, 171-173; U. R. XXII, 31-32). Le *dies a quo* court du jour de l'ouverture des tables, car c'est à ce moment que l'hérédité est offerte. — Si la caducité se produisait pour une cause autre que celles relativement auxquelles les lois caducaires accordaient un délai de cent jours pour faire disparaître l'incapacité, les *patres* avaient la faculté d'exercer leur droit immédiatement après l'adition d'hérédité ou le *dies cedit*.

Les *bona ereptitia* étaient déférés à l'*ærarium*, plus tard au fisc. On entendait par cette expression, les libéralités enlevées aux personnes capables, pour cause d'indignité, notamment d'ingratitude, ou pour cause de violation des lois, v. g. le fait de s'être chargé de remettre un fidéicommis à un incapable (L. 23, D., *de his quæ ut indig. auf.*, XXXIV, 9, *f. Gaius*).

Quant aux *bona vacantia*, c'est-à-dire ceux qui n'ont pas de représentant légal, ils sont attribués à l'État, à la charge d'en supporter les dettes : « *Quotiens lege Julia bona vacantia ad fiscum pertinent, et legata et fideicommissa præstantur,* » (L. 96, § 1, D., *de leg.* 1°, XXX, *fr. Julianus*). »

Comment se partageait le *caducum* entre plusieurs appelés ? *pro parte virili*, car la loi appelle les héritiers et les légataires à la *caducorum vindicatio* en leur qualité de *patres*. Or tous le sont au même degré (1).

(1) Van Wetter, p. 256, note 1. Cf. Machelard, p. 131 et 132.

CHAPITRE V

ABROGATION DES LOIS CADUCAIRES

---

§ 1. — *Moyens d'éluder les lois caducaires.*

Des efforts continuels (1) étaient faits pour éluder les lois caducaires. « Ces efforts coïncidant avec une démoralisation toujours croissante, démontraient surabondamment que ce n'est ni en violant la liberté des personnes qui disposent, ni en excitant la cupidité de celles qui reçoivent, qu'on relève la dignité d'un peuple. » (2)

Un premier moyen dont nous avons déjà parlé, fut l'adoption, proscrite par Néron (*Ann.*, XV, 19) en tant qu'elle n'était pas sérieuse.

Un second procédé fut de laisser la libéralité sous forme de donation à cause de mort ou de fidéicommis, car la loi *Julia* et *Papia* ne s'appliquait qu'aux institutions d'héritier et aux legs. De là deux s.-c. pour empêcher cette fraude à la loi. Le premier est mentionné par Paul, dans le *principium* de la loi 35, D., *de m. c. donat.*, XXXIX, 6.

(1) L. *un.*, *pr.* C. *de Cad. toll.* (VI, 51) : *Qui et prudentissimis viris displicuit, multas invenientibus vias, per quas caducum non fieret.*

(2) Accarias, t. I, p. 904.

Senatus censuit, placere mortis causâ donationes factas in eos, quos lex prohibet capere, in eâdem causâ haberi, in quâ essent quæ testamento his legata essent, quibus capere per legem non liceret. Ex hoc s.-c. multæ variæque quæstiones. Le second qui a trait aux fidéicommis, est le s.-c. Pégasien : *Sed postea s.-c. Pegasiano, perinde fideicommissa quoque ac legata hereditatesque capere posse prohibiti sunt* (G. II, 286). Mais, ce s.-c. ne visait que les *cælibes* et les *orbi*; d'où, les Latins Juniens purent continuer à recevoir de cette façon (G. II, 275) (U. R. XXV, 7.), de même les étrangers, jusqu'à Adrien : *Ut ecce peregrini poterant fideicommissa capere..., et nunc ex oratione divi Hadriani s.-c. factum est, ut ea fideicommissa fisco vindicarentur* (G. II, 285),

On avait recours aussi au fidéicommis tacite : le testateur convenait avec un gratifié capable que la libéralité serait remise à l'incapable (*cælebs* ou *orbus*) que le disposant avait l'intention d'honorer d'une institution ou d'un legs. Mais, dès avant le s.-c. Pégasien ce moyen était inefficace : le grevé voyait confisquée la part qu'il devait rendre, et il n'avait pas droit à la quarte sur cette portion : *Si quis in fraudem tacitam fidem accomodaverit, ut non capienti fideicommissum restituat nec quadrantem eum deducere senatus censuit, nec caducum vindicare ex eo testamento, si liberos habeat* (U. R. XXV, 17).

Voici maintenant des moyens admis :

On retardait l'adition d'hérédité et le *dies cedens* du legs par une condition : *In tempus capiendæ hereditatis institui heredem posse, benevolentiæ est : veluti Lucius Titius, cum capere potuerit, heres esto. Idem et in legato* (L. 62, *pr.*, *de hered inst.* XXVIII, 5, *fr. Modest*;

L. 51, *pr.*, *de leg.* 2°, XXXI, *fr. Ulp.*). L'indulgence dont le jurisconsulte fait preuve, ne peut s'expliquer que par l'impopularité de ces lois mêmes.

Un autre expédient très usité fut la substitution vulgaire et surtout la substitution réciproque (L. *un.*, *pr.* C. *de cad. toll.*, VI, 51. : *ut et substitutiones introducerent ne fiant caduca.*

Quelques notions sur la substitution :

C'est une disposition par laquelle le testateur institue en ordre subsidiaire une personne pour le cas où une autre qui est instituée en premier ordre ne deviendrait pas héritier : *Si ille heres non erit, ille heres esto.* Le testateur peut faire autant de substitutions qu'il l'entend, et en dernier lieu, il peut instituer un de ses esclaves héritier nécessaire (*Pr.*, Inst., II, 15).

Règles de la substitution

Nous supposons un seul institué et un seul substitué.

1re Règle. — La substitution est une véritable institution ; d'où, le substitué doit avoir la *factio testamenti ;* la substitution doit être faite en termes corrects ; les règles de l'exhérédation devront être observées.

2e Règle. — C'est une institution conditionnelle. Le droit du substitué ne s'ouvre que si l'institué fait défaut. La condition se réalisant, la substitution aura pour effet de déférer la succession ou la part de succession à laquelle le substitué a droit. Dès lors le substitué, sauf si c'est un héritier nécessaire, est libre d'accepter la suc-

cession ou de la refuser. Mais si la condition vient à défaillir ou si le substitué répudie la succession ou est incapable de recueillir, la substitution s'évanouit.

De ce qui précède, il résulte : 1° que le substitué est sans droit tant que la condition n'est pas arrivée ; 2° que l'institué et le substitué ne peuvent concourir. — Cependant, il se peut que l'institué et l'héritier concourent (Inst., II, XV, 4). C'est dans le cas où un testateur a institué un esclave étranger, le croyant chef de famille, et lui a substitué une autre personne. En effet, la substitution doit avoir lieu ; car d'une part, l'institution n'est pas nulle — l'erreur sur la condition de l'héritier ne vicie pas l'institution — mais, d'autre part, l'institution du testateur a été de gratifier l'institué lui-même et non son maître. L'esclave doit donc concourir avec le substitué, — (Cf. G. II, 177 ; U. R. XXII, 34).

Supposons maintenant plusieurs degrés de substitution.

a. Il y a un cas où le substitué passera avant l'institué : celui où un esclave est institué héritier (L. 57.*pr. de hered. inst.*, XXVIII, 5.)

b. Règle : *substitutus substituto*, etc. (§ 3, Inst., II, 15). Le substitué au substitué est censé substitué à l'institué, sans qu'il y ait à distinguer à quelle époque le premier institué a fait défaut. Cette règle est utile en ce qu'elle permet au tiers substitué de venir de son chef à la place de l'héritier substitué, mort ou devenu incapable, avant que l'institué soit déchu de son droit. Sans ce rescrit des divins Sévère et Antonin, le dernier substitué ne pourrait remplacer qu'une personne décédée avant l'ouverture des droits.

Passons au cas de substitution mutuelle ou réciproque.

§ 1, Inst., II, 15), Plusieurs héritiers sont institués et ils sont substitués pour le cas ou l'un d'eux viendrait à ne pas être héritier. De cette façon, si l'un manque, sa part sera recueillie par les autres, proportionnellement à leurs parts héréditaires d'après le testament. A ce point de vue, le droit d'accroissement produirait le même résultat ; mais, il faut remarquer que l'accroissement est forcé, il est la conséquence de la première adition, c'est à la part héréditaire que se fait l'accroissement. Il a lieu de plein droit, et, c'est à l'époque de la première adition qu'on examine les conditions de capacité. Il s'opère sans charges, jusqu'au rescrit de Sévère. Sous ce triple rapport la substitution diffère de l'accroissement. En effet, le substitué est deux fois institué : il peut donc accepter ou répudier la substitution ; et s'il accepte, il doit supporter les charges du défaillant dont il prend la place.

Relativement à la façon dont s'acquiert la part défaillante, nous pensons, contrairement à l'opinion de certains auteurs (1) que nous venons d'exposer, qu'il n'y a pas de différence entre la substitution et l'accroissement. « Celui qui ne devient pas héritier en vertu de l'institution, ne peut tirer profit de la substitution, comme d'un autre côté, s'il a accepté l'institution, il ne peut plus répudier la substitution. » (LL. 35, *pr.* et L. 76 *de C., et adq. vel omitt. hered.* XXIX, 2 ; — L., 6, C. *de imp. et aliis*, VI, 26). Cette opinion est aussi conforme à l'opinion du testateur, puisque les charges imposées au substitué seront accomplies. Exemple. Le testateur institue Primus et Secundus : il les substitue réciproquement et il ajoute : le substitué survivant devra payer tel legs. Primus fait

(1) V. g. Ortolan, p. 509, t. II (éd. 1880).

défaut. Si on admettait qu'on peut répudier la substitution tout en acceptant l'institution, Secundus ne manquerait pas de refuser la substitution pour s'en tenir à son institution et il recueillerait sans charges la part du défaillant (1).

Sous les lois caducaires, la substitution était très utile pour écarter la préférence des héritiers *patres* sur la part défaillante. Avant de le montrer par des exemples, remarquons que la substitution n'empêche pas les déchéances attachées à l'*orbitas* ou au célibat. — Il ne faut pas supposer seulement un *cælebs* et un *pater*, car jamais la substitution ne pourrait, pour ainsi dire, conférer la capacité au *cælebs*, ni diminuer la récompense du *pater*. Supposons donc trois institués : Primus *cælebs*, Secundus *pater*, Tertius *solidi capax*, substitués réciproquement entre eux. La part de Primus devient caduque, elle devrait appartenir à Secundus, en vertu de la loi Julia ; mais par suite de la substitution, elle sera divisée entre Secundus et Tertius, institué en sous-ordre et capable de recueillir sa libéralité personnelle *in soldium*.

Voici un autre exemple mettant en jeu la règle *substitutus substituto*. Primus et Secundus sont institués. Secundus est substitué à Primus et Secundus à Tertius qui n'est pas institué. Primus et Secundus sont *cælibes* et Tertius *solidi capax*. S'il n'était pas censé substitué à Primus, la part de Primus irait aux autres institués *patres*, s'il y en a, ou bien, à leur défaut aux légataires *patres*. Mais comme il est censé substitué à Primus, Tertius recueillera de son chef les deux parts de Primus et de Secundus (2).

(1) Machelard, p. 232. — Maynz, p. 340, t. III.
(2) Accarias, 903, t. I, 2e édit. ; — Machelard, p. 63.

§ 2. — *Réforme de Caracalla*

La Constitution de Caracalla est contenue dans le § 2, R. U. XVII : *Hodie ex constitutione imperatoris Antonini omnia caduca fiscò vindicantur, sed servato jure antiquo liberis et parentibus.*

Quel est le sens de ce texte ? Grave controverse.

Suivant les uns (1), le texte n'a eu pour but que de substituer le fisc à l'*ærarium*.

Suivant les autres (2), le *jus patrum* a été aboli et les *caduca* furent versés directement dans le trésor du prince.

Examinons rapidement ces deux opinions.

A. — Le *jus caduca vindicandi* n'a pas été aboli. — En effet, ce droit est encore mentionné par des jurisconsultes du temps de Caracalla. (U. R. XVII, § 2, 1er mot ; U. R. I, 21 ; U. R. XXV, 17 ; §§ 3 et 4 *de jure fisci*). — Il se continue jusque sous Justinien qui nous indique encore le rang du fisc à son époque : *Quod scientes etiam fiscum nostrum ultimum ad caducorum vindicationem vocari* (L. *un.*, § 14, C., IV, 51). — Le manuscrit d'Ulpien ne contenait pas de division : on peut le ponctuer autrement qu'il l'est dans le *Manuale* de M. Pellat et mettre une virgule après *parentibus*, au lieu d'un point, et un point et virgule après *vindicantur : fisco vindicantur ; sed servato jure antiquo liberis et parentibus, caduca cum suo onere fiunt*. Et alors dans la première phrase, Ulpien ne ferait que mentionner ce fait : que le fisc a remplacé

(1) Machelard, p. 271 ; — Van Wetter, p. 263 ; — Pothier, t. XII, p. 174, n° 399. — Accarias, p. 899, I.

(2) Ortolan, p. 377. — D'Hauthuille, p. 133 et s. — Pellat, *Manuale juris*, R. U. XVII, 2.

le trésor du peuple ; dans la seconde phrase, il indiquerait : dans le premier membre, la conservation des anciens principes à l'égard des descendants et des ascendants ; dans le second, ceux du droit de revendication. Ces deux droits (*jus accrescendi, jus vindicandi*) seraient mis en parallèle.

Ainsi l'argument capital de ce système, consistant à admettre que l'innovation de Caracalla à eu pour résultat seulement de substituer le trésor impérial au trésor du peuple, est tiré des fragments de Paul et d'Ulpien qui constatent que le droit des *patres* est encore en vigueur à leur époque.

B. — Mais, dans une seconde opinion qui nous semble préférable, on soutient qu'à partir de Caracalla, les *caduca* ont été déférés immédiatement au fisc. Voici pour quels motifs : — L'opposition entre l'*ærarium* et le *fiscus* était illusoire, puisque depuis Néron, les *præfecti ærarii* étaient nommés par l'empereur. Sous Trajan, l'*ærarium* n'existait plus en réalité ; dès lors, Ulpien n'a pu entendre dire que le fisc était substitué à l'*ærarium*. —Ce système parfaitement conforme aux habitudes fiscales que l'histoire reconnaît à Caracalla, explique très bien le silence des jurisconsultes postérieurs à cet empereur, ou même qui étaient ses contemporains, v. g. Paul et Ulpien, sur l'ordre de dévolution des *caduca*, aux titres où ils devaient naturellement en parler : institutions d'héritier, legs, fidéicommis. —L'argument tiré des textes cités par la première opinion ne porte pas, parce qu'ils n'ont trait aux *caduca* que d'une façon incidente ; mais, au siège de la matière, au titre *de caducis*, il n'est rien dit des *caduca*, sinon qu'ils sont dévolus au fisc, réserve faite du *jus antiquum*. La preuve que le trésor du peuple n'a pas été

supprimé en principe, par la constitution qui nous occupe, c'est que Paul a consacré le titre XII de ses Sentences aux droits du trésor et du fisc : *de jure fisci et populi.* — Enfin, « on aura beau disloquer cette phrase, la ponctuer et la diviser à son gré, faire subir à ses membres les exercices qu'un clown fait subir aux siens, toujours il s'y rencontrera un mot qui sonnera la fausseté de l'arrangement, celui de *omnia* (1). » *Omnia, sed servato jure antiquo liberis et parentibus.* Cette réserve se conçoit seulement si la confiscation pouvait atteindre ces personnes privilégiées : « Cela se comprend bien, cela est parfaitement exact si la constitution de Caracalla a supprimé les droits des *patres* dans la vendication des *caduca ;* mais si elle les a maintenus, cela ne se comprend plus, cela devient radicalement faux ; le fisc ne vendique pas tous les *caduca*, puisque avant lui arrive pour cette vendication toute la série des personnes ayant des enfants et gratifiées dans le même testament (2). »

Mais, dans les deux opinions, on reconnaît que le droit des *patres* fut rétabli, puisqu'il existe encore au commencement du règne de Justinien (L. *un.*, § 14, C., *de Cad., toll.*, VI, 51 (3).

§ 3. — *Constitutions de Constantin, d'Honorius et de Théodose* (C. VIII, 58 et 59)

Constantin abrogea les incapacités de recueillir qui frappaient les *cælibes* et les *orbi :* « La religion chrétienne

(1) Ortolan, p. 337, t. I.
(2) Ortolan, *l. c.*
(3) L. Thézard, p. 294, n° 296.

qui réprouvait les secondes noces, qui honorait comme un sacrifice méritoire le célibat, auquel se vouaient ses plus zélés néophytes, et toute une classe nombreuse de personnes, ne devait plus tolérer ces sortes d'incapacités des temps païens (1) ». — Il accorda une égale capacité de recueillir les libéralités et étendit les mêmes dispositions aux femmes : *Qui jure veteri cælibes habebantur, imminentibus legum terroribus liberentur , atque ita vivant, ac si numero maritorum matrimonii fœdere fulcirentur, sitque omnibus æqua conditio capessendi, quod quidque mereatur. Nec vero quisquam orbus habeatur : proposita huic nomini damna non noceant.* § 1. *Quam rem et circa fœminas existimamus, earumque cervibus imposita juris imperia, velut quædam juga, solvimus promiscue omnibus.* (L. 1, C., *de infirm. pœn. cœl.*; et L. 1, C. Th., VIII, 16). Le Code Théodosien qui reproduit cette même constitution de Constantin (320) ajoute au § 2 : *verum hujus beneficii maritis et uxoribus inter se usurpatio non patebit, quorum fallaces plerumque blanditiæ vix etiam opposito juris rigore cohibentur, sed maneat inter istas personas legum prisca auctoritas.* Les époux sont donc exceptés de la constitution, dans la crainte des moyens de captation.

Quelle est la portée de cette constitution ?

D'après M. Machelard (2), le *jus capiendi*, serait devenu la règle commune. Mais, au-dessus de ce *jus solidum capiendi* généralisé, le *jus antiquum* et le *jus patrûm* auraient continué de subsister.

En effet, si les *præmia patrum* eussent été supprimés, le silence du texte (L. 1, C., *de infirm. pæn.* VIII,

(1) Ortolan, t. I, p. 378.
(2) Machelard, p. 271.

58), ne se concevrait pas sur un point aussi important. — Cette phrase : *Sit que omnibus æqua conditio capessendi*, s'entend en ce sens que la *solidi capacitas* sera la règle à l'avenir, mais avec les effets qu'elle comportait avant la constitution. On admet parfaitement qu'il est possible que le législateur supprime les peines de l'*orbitas* et du célibat, sans supprimer les récompenses de la paternité ; car, d'une part, dans les mœurs nouvelles, le célibat est une vertu, et, d'autre part, la *caducorum vindicatio* alimente le trésor. — Le *jus liberorum* fut demandé même après la constitution, c'est donc qu'il conférait des prérogatives plus étendues que la *solidi capacitas*. Ce n'est qu'en 410, qu'il a été supprimé par Honorius et Théodose, comme une conséquence de l'abrogation des lois décimaires, en la même année (L. 2, C., *de inf. pæn. cæl. orbit, et de decimar. subl.*, VIII, 58, et L. 1, C., *de jure liber.*, VIII, 59).

Dans une seconde opinion plus probable, la constitution de Constantin a eu pour résultat de faire disparaître les privilèges de la paternité.

On ne comprend plus avec la nouvelle tendance des mœurs et des croyances religieuses de cette époque, comment des *patres* seraient préférés à des *cælibes*. Aussi, la constitution dit-elle que la capacité de recueillir sera la même pour tous. — Après la nouvelle réforme, les textes ne parlent plus du droit des *patres*, ni dans le Code Théodosien, ni dans la constitution de Justinien (VI, 51) indiquant les mesures qu'il va opérer sur ce qui reste des lois caducaires. — Quant au *jus liberorum*, il a continué à être demandé dans trois cas différents :

a. Constantin, redoutant une captation facile entre con-

joints, maintient à leur égard les *leges decimariæ*, et exige un enfant commun pour que les époux puissent disposer librement l'un en faveur de l'autre. Si le mariage est stérile, le *jus liberorum* sera demandé. En 410, Honorius et Théodose abrogent les lois décimaires; par conséquent, la demande du *jus liberorum* devient inutile: de là, la suppression de ce droit.

b. D'après le droit civil, la mère qui n'est pas *in manu*, ne peut succéder à ses enfants, car elle n'est pas leur agnate. Cette situation pénible dura jusqu'à Antonin le Pieux, sous lequel fut rendu le s.-c. Tertyllien, permettant à la femme, *ter quaterve enixa*, de succéder à ses enfants. Si elle n'a pas le nombre d'enfants voulu, alors, elle peut demander le *jus liberorum*. Ici, il ne sag it pas d'une succession testamentaire, aussi la loi *Julia* y reste étrangère. Constantin, en 321, accorde le droit de succession pour un tiers, à la mère qui n'a qu'un enfant, et Justinien, en 528, accorde à la mère le droit de succéder à ses enfants, sans avoir besoin de demander le *jus liberorum* (L. 2, C., VIII, 59).

c. Enfin celui qui a trois, quatre ou cinq enfants, suivant qu'il est à Rome, dans l'Italie ou dans les provinces, est dispensé de certaines charges: v. g. tutelle ou curatelle. Ce droit se rattache à la loi *Papia* et il est maintenu sous Justinien (Inst., *pr.*, I, 25).

Eh bien! ce *jus liberorum*, dans ces trois applications, diffère par ses conditions d'existence et son but, de ce *jus liberorum* qui appartient aux *patres* ayant un enfant légitime, et leur permet de revendiquer les *caduca* Ce dernier seul nous occupe. Or, après Constantin, il n'en est plus question.

Pour soutenir que la *caducorum vindicatio* n'était pas

abolie sous Justinien, on se fonde sur le § 14, L. *un.*, C., VI, 51. Or, suivant M. Ortolan, dont nous partageons l'opinion, voici ce qui se serait produit : Caracalla aurait appelé le fisc à l'exclusion de tous ; puis par réaction contre cette mesure fiscale, le privilège des *patres* aurait été rétabli. Constantin supprima les peines de l'*orbitas* et du célibat : dès lors tous les appelés eurent la même capacité de recueillir ce qui leur avait été laissé et de prendre les parts défaillantes. La vendication des caduques s'applique à tous, sans distinction de personnes, le fisc arrivant le dernier. Le *jus antiquum* fut maintenu au profit des ascendants et des descendants jusqu'au troisième degré. De là, des luttes et des obscurités entre la *caducorum vindicatio* et le *jus accrescendi* que Justinien a voulu faire disparaître.

Après la constitution de Constantin, les causes principales de caducité avaient disparu. Les restrictions à la liberté de disposer entre époux avaient été effacées après la constitution d'Honorius et de Théodose ; de sorte que, les motifs de défaillances, dont les chances étaient augmentées par l'époque à laquelle la capacité de recueillir était examinée (*apertura tabularum*), étaient les mêmes que ceux du droit civil : mort de l'appelé, refus d'acceptation, perte de la cité, inaccomplissement de la condition. Or, dans ces circonstances, maintenir les privilèges des *patres*, eût été maintenir les peines du célibat ; car les *patres* auraient profité de ces parts défaillantes, alors que le premier empereur chrétien donnait à chacun une égale capacité de recueillir ce qui doit lui revenir : *quod quisque mereatur*, c'est-à-dire le droit d'exercer la vendication des *caduca*, d'après l'ordre et les principes de la conjonction établis par les lois caducaires, en fai-

sant abstraction seulement du privilège de la paternité (1).

Que reste-t-il des lois caducaires sous Justinien ?

Pour les règles touchant à l'adition d'hérédité ou à la *diei cessio* des legs, l'époque de l'*apertura tabularum* avait été substituée à celle de la mort du testateur. Les chances de caducité avaient été ainsi augmentées. Cette disposition subsista jusqu'à Justinien. De même, les Latins-Juniens ne devinrent *solidi capaces* que sous cet empereur (L. *un.*, C., *de latinâ libert. toll.*, VII, 6).

Telles sont les dispositions principales qui subsistent de ces lois impopulaires, dont les dernières traces furent effacées par Justinien, dans sa célèbre constitution *de caducis tollendis* (VI, 51), à laquelle nous arrivons maintenant. A cette époque, il n'existe plus de Latins-Juniens ; les legs et les fidéicommis sont assimilés ; les quatre façons de léguer ont disparu : « Ainsi s'évanouissent les distinctions subtiles, il est vrai, mais si ingénieusement analytiques entre les quatre espèces de legs, entre les cas surtout où le legs produit la propriété et celui où il ne produit qu'une obligation. » (2) La théorie du droit d'accroissement est rétablie. Examinons-la rapidement.

(1) Ortolan, p. 384, t. I ; — Van Wetter, p. 272 et s.
(2) Ortolan, p. 60[1], t. II, n° 881.

TROISIÈME PARTIE

DROIT DE JUSTINIEN

CHAPITRE I

RÉFORMES DE JUSTINIEN (L. UN., C., DE CAD. TOLL., VI, 51)

§ 1. — *De l'adition d'hérédité et du* dies cedens

D'après la loi Papia, l'adition était retardée jusqu'à *l'apertura tabularum ;* par suite, le *dies cedit* n'avait lieu au plutôt qu'à ce moment. Or, Justinien admet que l'adition d'hérédité est possible dès le décès du testateur et que le *dies cedit* des legs ou des fidéicommis, s'ils sont purs et simples ou à terme certain, est fixé à la même époque (L. *un.*, C., *de Cad, toll.* VI, 51, § 1, 5, 7). C'est le retour à l'ancien droit: *antiquum statum renovantes.* — Ce n'est qu'à partir de l'adition ou du *dies cedit* que la libéralité devenait transmissible dans l'ancien droit civil; c'est-à-dire, au plutôt à l'ouverture des tables, sous la loi Julia, sauf pour les héritiers siens, qui dès le moment de

leur décès, pouvaient transmettre leurs droits (L. 3, C., *de jure delib.*, VI, 30, *Gord.* 242) (1). Or, Théodose et Valentinien, en 450 (C., VI, 52.) ainsi que l'indique Justinien (L. 1, § 5, C., VI, 51), admirent que tous les enfants institués héritiers ou faits légataires par leurs ascendants quels qu'ils fussent, pourraient transmettre leurs droits, même avant l'ouverture des tables. Cette constitution fit cesser une inégalité, en visant surtout les enfants qui n'étaient pas en puissance, v. g. le fils de la mère ou le petit-fils de l'aïeule. Ils étaient soumis au principe général : *hæreditas non ădita non transmittitur*. Dès lors, ils ne pouvaient transmettre leurs droits avant l'adition ou le *dies cedens*. — Justitinien décide également que la transmission sera possible au profit des héritiers de l'institué pendant l'année accordée pour délibérer ; les héritiers pourront faire adition (§ 5, L. *un.*, C., VI, 51 et L. 19, C, *de jure delib.*, VI. 30).

§ 2. — *A qui profitera la défaillance d'un legs? ordre de dévolution.*

En principe, la défaillance d'un légataire profite à ceux auxquels il aurait nui par sa présence : « *Ut ea omnia bona manerent apud eos a quibus fuerant derelicta* (§§ 3, 4, 7, C., VI, 51). » Si les grevés sont des légataires, le profit se distribuera, *pro virili portione, id est pro numero personarum* (§ 8, *in fine h. t.*).

A ce principe s'ajoute une exception formulée dans

(1) Adde, l. 8, *eod.*, *Diocl.* 290 ; — L. 6, § 3, *de adquir. vel. omitt.*, 29, 2 ; — L. 14, *de suis et leg. hered.*, 38, 16.

les §§ 3, 4, 7, précités : *nisi vacuatis vel substitutus suppositus, vel conjunctus fuerat aggregatus*. Les substitués ou les conjoints l'emportent sur les personnes chargées de payer la libéralité. En cas de substitution, le legs n'est pas défaillant, puisque le substitué prend exactement la place de l'institué ou du légataire, il n'y a donc pas lieu à accroissement. Mais il peut y avoir lieu à accroissement si les légataires sont conjoints.

Par quelle conjonction doivent-ils être unis? La conjonction *verbis tantum* suffit-elle?

Il faut que les légataires soient unis par la conjonction objective ou réelle (*re*); c'est-à-dire que la même chose doit avoir été léguée à tous solidairement : unité d'objet et vocation solidaire. La conjonction *verbis*, prise en considération sous les lois caducaires, ne l'est plus sous Justinien. La loi 89 *de leg.* 3°, doit être écartée. — Sur quelles raisons s'appuyer pour soutenir que dans la constitution de Justinien, la conjonction verbale est inefficace à produire le droit d'accroissement? — Voici les principales :

Dès lors que le législateur n'indique pas la portée des expressions *conjunctim*, *disjunctim*, c'est qu'il les prend dans le sens qu'elles avaient avant la constitution et qui est indiqué par Gaius, (II, 199); Ulpien, (XXIV, 12); et les rédacteurs des Institutes (§ 8, II, 20) et du Digeste (L. 80, *de leg.* 3°, XXXII).

Dans l'ancien droit, jamais la conjonction verbale n'a donné lieu au droit d'accroissement. Or, l'auteur de la constitution de 534 n'indique pas qu'il ait l'intention de faire une innovation sur ce point. Il faut donc appliquer la maxime : *posteriores leges ad priores pertinent nisi contrariæ sint*. — Si on admettait la validité

de la conjonction *verbis tantum*, on se mettrait en contradiction avec tous les textes de la matière: (L. 11, *de usuf. adc.* VII, 2: L. 20, *de Leg.* 2° XXX; L. 80 *de Leg.* 3° XXXII; L. 3, *pr. de usuf. adc.* VII, 2.). — Enfin le § 11, L. *un.* (*de Cad. toll.* VI. 5), porte ces mots: *Ubi autem legatarii, vel fideicommissarii duo forte, vel plures sunt, quibus aliquid relictum sit.* Ce texte suppose bien qu'une même chose a été léguée à plusieurs, il exige l'identité de vocation, *l'eadem res* du § 8. Inst. II, 20.

On fait à cette théorie plusieurs objections (1). On invoque la loi 89, *de leg.* 3°. — Mais ce fragment se réfère aux lois caducaires où la dévolution des parts se faisait suivant des règles particulières, abrogées par Justinien. Le texte de Paul n'est qu'un « document historique » qui nous initie à la législation d'Auguste. — L'objection la plus sérieuse est celle qui se fonde sur la volonté du testateur. On dit: lorsque le testateur fait un legs *conjunctim*, il divise tacitement le legs pour le cas de concours ; il limite les droits des gratifiés seulement pour ce cas éventuel. C'est une mesure d'exécution propre à prévenir les difficultés du partage, ce qui n'empêche pas l'accroissement, si l'un des appelés fait défaut. Or, il ne fait pas autre chose, lorsqu'il lègue le même objet à chacun, *æquis partibus*. Donc, la conjonction verbale est efficace au point de vue du droit d'accroissement. — On peut répondre que dans le legs fait *conjunctim*, le testateur n'a pas assigné de parts à chaque légataire; voilà pourquoi l'accroissement est possible ; au contraire, lorsqu'il fait suivre sa disposition conjonctive de ces mots: *æquis partibus*, c'est qu'il entend fixer irrévocablement

(1) Holtius, *Thèm.*, IX, 560.

la part de chacun. Un legs fait *conjunctim* suivi de ces mots: *æquis partibus*, se ramène à celui-ci : Je lègue à Primus le fonds Cornélien pour moitié, je lègue à Secundus, le même fonds, pour l'autre moitié. Mais la première formule est plus brève que la seconde. Dans les deux cas il y a séparation, limitation des parts; par suite, incompatibilité avec le droit d'accroissement; car, on ne peut recevoir rien au-delà de ce qui a été légué: Primus n'ayant droit, d'après la formule, qu'à une moitié, ne peut réclamer la totalité. — Refuser l'accroissement à des légataires *æquis partibus*, est peut être contraire à l'intention réelle du testateur, mais l'interprète ne connaît que l'acte qu'il a sous les yeux. L'incertitude de la pensée doit faire rejeter l'extension de la libéralité, elle doit la limiter. Le testateur devait s'expliquer plus clairement. — Enfin si ces mots *æquis partibus*, ne se refèrent qu'à l'exécution, ils sont inutiles; car, la libéralité est déjà divisée tacitement pour le cas de concours. Il faut cependant donner un sens à ces expressions; le seul admissible, c'est le refus du droit d'accroissement, par suite de la fixation des parts (1).

Dans l'ancien droit, l'accroissement s'opérait dans le legs *per vindicationem* et n'avait pas lieu dans le legs *per damnationem conjunctim*. Si le legs était fait *per damnationem conjunctim* on suivait la règle *damnatio partes facit;* si le legs était fait dans la même forme *disjunctim*, chacun avait droit à la totalité : l'un recevait l'objet même, l'autre son estimation. — Sous Justinien, lorsque le legs est fait *disjunctim*, même dans la forme *per damnationem*, si tous les légataires répondent

(1) Van Wetter, p. 329.

à l'appel, chacun recevra une part : *Sin autem disjunctum fuerit relictum, siquidem omnes hoc accipere et potuerint et maluerint, suam quisque partem pro virili portione accipiat* (§ 11, L. *un.*, C., VI, 51). Si l'un fait défaut, il y aura accroissement au profit de l'autre. Mais la multiplication des legs, en cas de légataires *disjuncti per damnationem*, est supprimée : *et non sibi blandiantur, ut unus quidem rem, alii autem singuli solidam ejus rei æstimationem accipere desiderent, cum hujusmodi legatariorum avaritiam antiquitas varia mente susceperit, in uno tantummodo genere legati eam accipiens, in aliis respuendam esse existimans* (§ 11). — Si le legs est fait *conjunctim*, l'accroissement aura lieu également au profit de ceux qui resteront : *siquidem hoc conjunctim relinquatur : et omnes veniant ad legatum, et pro suâ portione quisque hoc habeat. Si vero pars quædam ex his deficiat, sancimus eam omnibus, si habere maluerint pro virili portione cum omni suo onere adcrescere : vel si omnes noluerint, tunc apud eos remanere, a quibus derelictum est* (§ 11). — Justinien assimile au point de vue de l'accroissement, toutes les dispositions de dernière volonté à titre particulier : *Nos autem omnimodo repellimus, unam omnibus naturam legatis et fideicommissis imponentes, et antiquam dissonantiam in unam contrahentes concordiam* (§ 11). Mais, il fait une distinction capitale entre les dispositions conjonctives et les dispositions disjonctives : aux premières s'applique le *jus accrescendi*, aux secondes le *jus non decrescendi ;* distinction qui a de l'importance surtout au point de vue des charges.

Ainsi, indépendamment de la forme des legs, l'accroissement peut se produire, entre les légataires d'une même

chose (droit réel ou obligation), qu'ils soient *conjuncti* ou *disjuncti*. Justinien s'inspire dans ses décisions, de ce qui paraît avoir été vraisemblablement l'intention du testateur, sauf au juge à reconnaître, suivant les circonstances, que telle est bien en fait la volonté clairement exprimée du testateur lui-même.

Comment se règle le conflit entre légataires conjoints ?

Prenons un exemple : *Fundum Cornelianum Titio et Seio do lego ; eumdem fundum Sempronio do lego.*— La part de Sempronius défaillant, accroîtra aux autres. Si Titius fait défaut, sa part accroîtra à Séius et réciproquement. Ainsi, s'il se trouve des légataires unis *re et verbis*, d'autres conjoints *re tantum*, les premiers sont préférés entre eux et partagent par tête. Si un des légataires fait défaut, l'accroissement a lieu dans chaque conjonction ; puis, de l'une à l'autre, lorsque l'une d'elles cesse d'être représentée.

Voici une hypothèse plus compliquée : *Fundum Cornelianum Primo et Secundo do lego ; eumdem fundum Tertio lego ; eumdem fundum Quarto et Quinto, æquis ex partibus, lego.*

Tous les légataires répondent à l'appel, le fonds sera divisé en trois parts : une part à Primus et à Secundus (1/3 ou 2/6) ; une à Tertius (1/3 ou 2/6) ; une à Quartus et à Quintus (1/3 ou 2/6). – Primus fait défaut, sa part accroît à Secundus, car celui-ci est conjoint *re et verbis* ; or le conjoint *re et verbis* est toujours préféré (L. 9., *de usuf. adc* , VII, 2 et L. 26, § 1, *de usu et usuf.*, XXXIII. 2.). Les conjoints *re et verbis* ne forment qu'une personne qui ne disparaît qu'avec le dernier conjoint *re et verbis*

(L. 34, *pr.*, *de leg.* 1°, XXX. Même solution si Secundus fait défaut. — Tertius fait défaut : 1/6, c'est-à-dire la 1/2 de sa part, ira à Primus et à Secundus ; l'autre moitié, à Quartus et à Quintus. C'est précisément dans cette mesure que la présence de Tertius nuisait aux deux groupes. — Quartus fait défaut. Il faut observer que le testateur n'a voulu donner à Quintus, son colégataire *re et verbis*, qu'une moitié du fonds ; dès lors, c'est dans cette proportion que le droit d'accroissement doit lui profiter ; c'est-à-dire, qu'il doit recevoir par accroissement, moitié moins que Primus ou Secundus ou Tertius à qui le testateur a légué le tout. Si donc le 1/6 vaut 50, Primus et Secundus prendront 20 ; Tertius 20 également, et Quintus 10.

Comment concilier ce résultat avec le principe qui refuse l'accroissement au *conjunctus verbis tantum ?* Par cette remarque : d'après la volonté du testateur, Quintus ne doit pas avoir plus que la moitié du fonds légué ; or, en admettant l'accroissement, Quintus n'arrive pas à cette moitié. La volonté du testateur est donc observée. Mais si Quintus arrivait à prendre une moitié du fonds légué, l'autre moitié irait aux héritiers. Même solution si au lieu de supposer le défaut de Quartus, on suppose celui de Quintus.

§ 3. — *Transmission des charges.*

Une distinction est nécessaire. A. — Les légataires sont conjoints, c'est-à-dire gratifiés du même objet, dans la même phrase (*conjunctim*). L'un d'eux qui est grevé d'une charge, v. g. élever un tombeau au défunt, payer une rente à un tiers, fait défaut : trois hypo-

thèses sont posssibles : *a*). Tous veulent recueillir la part défaillante, elle se divise alors *pro virili parte*, mais avec la charge qui la grève; *b*) tous refusent la part défaillante, l'héritier en profite ; *c.*) si enfin les uns veulent accepter, les autres répudient ce legs, il accroîtra seulement à ceux qui acceptent, mais avec charges (L. *un*, § 11, C., *de Cad. toll.*, VI, 51 : *Ubi autem legatarii, vel fideicommissarii duo forte, vel plures sunt, quibus aliquid relictum sit : siquidem hoc conjunctim relinquatur : et omnes veniant ad legatum, et pro suâ portione quisque hoc habeat. Si vero pars quædam ex his deficiat, sancimus eam omnibus, si habere maluerint, pro virili portione cum omni suo onere adcrescere : vel si omnes noluerint, tunc apud eos remanere, a quibus derelictum est. Cum vero quidam voluerint, quidam noluerint : volentibus solummodo id totum accedere*).

B. — Les légataires sont *disjuncti vel separati*, c'est-à-dire gratifiés du même objet, par des phrases différentes. L'un d'entre eux qui a été grevé d'une charge, fait défaut, ses colégataires ne pourront refuser l'accroissement; mais, ils ne devront pas accomplir la charge (§ 11, *V*[is] : *Sin vero non omnes legatarii*).

Quant aux dispositions réputées non écrites, un auteur (1) pense que l'accroissement devrait avoir lieu *cum onere*, parceque le § 11, L. *un.*, C. *de Cad. toll.*, qui est le siège de la matière, ne distingue pas entre les libéralités *pro non scriptis* et les libéralités caduques. Mais l'opinion contraire (2) est préférable (§ 3, *h. t.*), et la nullité de la disposition principale doit entraîner celle de

(1) Van Wetter, p. 300.
(2) Machelard, p. 324-325. — D'Hauthuille, p 151.

l'accessoire. La solution est certaine pour les institutions d'héritier : l'accroissement a lieu sans charges (*nullo gravamine*), pourquoi en serait-il autrement dans les legs?

En résumé, dans le legs fait *conjunctim, pars accrescit volenti, sed cum onere;* dans le legs fait *disjunctim, pars accrescit invito, sed sine onere.*

Comment expliquer cette différence de solutions?

Lorsque la chose est léguée *separatim* (*re tantum*), à quelqu'un, elle lui est léguée en totalité. Si cette même chose est léguée à un second légataire, le droit du premier sera diminué en cas de concours ; mais, si le second fait défaut, le droit du premier gratifié ne sera pas augmenté, car il a le tout d'après la formule employée ; il y a plutôt *jus non de crescendi* que *jus adcrescendi: non vacuatur pars, quæ deficit, nec alii accressit, ut ejus, qui primus accepit, legatum augere videatur: sed apud ipsum qui habet, solida remaneat* : *nullius concursu deminuta* (§ 11, *h. t.*). Or, le légataire prenant seulement son legs sans diminution et non pas celui d'un autre, doit l'avoir sans les charges qui grèvent la part du défaillant : *Sin autem ad deficientis personam hoc onus fuerit collatum* : *hoc non sentiat is, qui non alienum sed suum tantum legatum imminutum habet.*

Quand la chose est léguée *conjunctim, re et verbis*, le légataire n'a, dès l'origine, qu'une part dans la chose léguée. Quand le colégataire fera défaut, c'est son legs qui se joindra à celui de l'autre. Celui-ci recueillant le profit de ce legs doit donc en supporter les charges : *qui alieno jure utitur, eodem jure uti debet.* Mais le légataire qui accepte la libéralité qui lui a été faite a le droit de répudier la part qui lui accroît ; autrement sa position

qu'il tient des termes mêmes du testament serait aggravée postérieurement.

Ainsi le legs fait *conjunctim* à deux légataires forme comme deux legs : l'un revient purement et simplement à Primus, l'autre lui reviendra sous la condition de la défaillance de Secundus auquel il est comme substitué. Dès lors, Primus peut accepter le premier legs et refuser le second. S'il accepte ce dernier, il doit le prendre *cum suâ causâ*, à moins qu'il ne s'agisse de charges purement personnelles : *Quid enim si testator jusserit eum in certum locum abire, vel liberalibus studiis imbui, vel domum suis manibus extruere, vel pingere, vel uxorem ducere? quæ omnia testatoris voluntas in ipsius solius persona intelligitur conclusisse, cui et suam munificentiam relinquebat* (§ 9, L. *un.*, C., *de Cad. toll.*, VI, 51).

En somme, Justinien considère que, lorsqu'un legs est fait *disjunctim*, l'identité de vocation est certaine, mais qu'elle ne l'est plus, si le legs est fait *conjunctim :* on ne sait en effet, si le testateur n'a pas disposé exclusivement pour le cas de concours des deux légataires. De là des règles différentes relatives à la transmission des *onera*.

Mais, suivant un savant auteur, « ce raisonnement n'est pas à l'abri de toute critique : le testament est en effet un et indivisible : en instituant plusieurs personnes comme colégataires, le testateur entend toujours nécessairement limiter la part de l'une par le concours des autres, et cela aussi bien quand les legs sont faits par des dispositions différentes que quand ils sont faits par une seule et même disposition. Tout au moins faut-il convenir que l'idée du *non decrescere* s'applique bien difficilement à

la seconde disposition, si la chose a été donnée à une autre (1). »

Aussi M. Machelard (2) pense qu'en théorie, il faudrait admettre un système différent de celui de l'ancien droit et de celui de Justinien : L'accroissement devrait être volontaire, mais avec charges. D'un côté, en effet, le colégataire dont la part est libre de charges, ou n'est grevée que de charges légères, doit avoir la liberté de répudier la part défaillante grevée de charges, s'il les trouve excessives ; autrement sa situation première pourrait être empirée, contrairement à l'intention du testateur qui n'a voulu grever que la part du défaillant. L'acceptation ou la répudiation du légataire grevé doit être sans influence sur la part accordée à son colégataire. Le légataire accru ne pourrait pas, à la différence de l'héritier, avoir recours à la Falcidie, et en outre, la règle que le légataire ne peut payer plus qu'il n'a reçu, ne le protégerait pas toujours, car elle n'est applicable que si l'objet du legs et l'objet des charges sont facilement comparables (L. 70, *pr.* et § 1, *de leg.*, 2°, XXXI. *fr. Pap.*). D'autre part, le tiers bénéficiaire de ces charges, tient aussi son droit de la volonté du testateur qui a diminué d'autant la part du grevé. Il serait arbitraire de dépouiller ce tiers, en supprimant les charges dont le legs était affecté ; car le testateur n'a pas voulu faire dépendre la libéralité faite au tiers de l'acceptation du grevé. C'est la part qui a été affectée. Il est douteux que la pensée d'un testateur qui a dit : je lègue le fonds Cornélien à Primus et à Secundus ; mais Secun-

(1) Ch. Maynz, p. 685, § 443 et note 30.
(2) Machelard, p. 326 à 330.

dus devra payer 10,000 à Tertius, diffère de celle du testateur qui a dit : je lègue le fonds Cornelien à Primus ; je lègue le même fonds à Secundus qui devra payer 10,000 à Tertius. Le colégataire accru doit donc être tenu comme détenteur de la part du défaillant. Ce tiers doit pouvoir suivre sa libéralité en quelques mains qu'elle passe. Il a comme un droit réel, un *jus in re*.

Ainsi, il faudrait convertir en règle, la solution donnée pour les *re et verbis conjuncti :* l'accroissement devrait être volontaire mais avec charges.

Mais ces observations ne sont pas sans réplique :

a. L'hypothèse du savant auteur, n'est guère que théorique. En effet, si un testateur veut gratifier deux personnes du même objet, il emploiera la forme conjonctive En fait, le testateur honore d'une même libéralité deux personnes par des formules séparées (*disjunctim*) : ces deux formules ne seront pas consécutives ; peut-être même seront-elles exprimées dans des actes différents : v. g. deux codicilles, ou un testament et un codicille. Dans ces conditions, il n'est pas certain que le testateur ait entendu que la charge dût suivre la libéralité et être acquittée par le colégataire restant.

b. Le doute existant doit profiter au légataire et non au tiers, car celui-ci n'occupe qu'un rang inférieur dans la pensée libérale du disposant. Les 10,000 sesterces accordées au tiers ne sont qu'un accessoire de la libéralité principale. Il vaut donc mieux laisser le legs *non imminutum*, plutôt que d'acquitter la charge :

c. Enfin, le legs de Primus étant fait *separatim* et *sine onere*, on présume que le testateur, par la façon dont il s'est exprimé, a voulu que le donataire, à défaut de con-

cours, eût la totalité. Si telle n'était pas sa pensée, il devait lui donner une autre tournure. Parfois en effet, les termes l'emportent sur la réalité de la volonté : *quod interdum plus valet scriptura, quam peractum sit* (L. 19, D. *de usu, et usuf. leg.*, XXXIII, 2, fr. Modest,) (1).

Nous croyons donc que la distinction établie par Justinien au § 11 de sa Constitution peut s'expliquer rationnellement, sans qu'il soit nécessaire de dire que les règles nouvelles seraient un amalgame des règles du droit primitif et de celles du droit caducaire : du droit ancien, Justinien aurait extrait cette règle que l'accroissement a lieu sans charges mais forcément; du droit caducaire, que l'accroissement opère facultativement, mais *cum onere*. Or, cette idée nous semble inexacte. En effet, Justinien a voulu effacer jusqu'aux dernières traces des lois caducaires (L. *un.*, *pr.*, C., VI, 51 ; *Const.. Tanta*, § 6; *Const., Dedit*, § 6. *Veteri jure enucleat*, I,17). Il n'invoque pas le droit des *leges novæ* pour justifier la transmission des charges au colégataire *conjunctus re et verbis*, mais bien l'intention du testateur, § 11, *in fine*, *V^is^ : Sed et varietatis.* C'est en effet la volonté du testateur ressortant des termes de la disposition, qui est la base du droit d'accroissement, dans la législation de Justinien; tandis que, dans le droit primitif, c'était l'unité et la solidarité du legs.

Lorsqu'il s'agit de légataires *conjuncti re tantum*, il y a plutôt *jus non decrescendi* que *jus accrescendi.* En effet, dit Justinien, lorsque le disposant donne le même objet à plusieurs légataires, par des formules séparées,

(1) Van Wetter, p. 312.

chacun a droit à la totalité, en l'absence de concours; d'où, si le partage ne se produit pas, le légataire conserve son droit intact, mais non augmenté (§ 11, *V*[is]*: Sin vero non omnes*). Justinien aboutit ainsi dans ce cas, en se fondant sur la volonté du testateur, à admettre un droit de non-décroissement semblable à celui de l'ancien droit. Dès lors, l'accroissement s'opère forcément et sans charges.

Lorsqu'il est question de legs fait *conjunctim*, c'est encore la volonté du disposant qui motive la décision de Justinien. En effet, lorsque le testateur lègue un même objet, à plusieurs, dans la même formule, il les associe dans un droit indivis; il ne donne en réalité à chacun seulement qu'une partie de l'objet et il fait une division tacite pour le cas de concours. Les droits des divers légataires sont fractionnés sous ce rapport qu'aucun d'eux ne peut demander l'exécution du legs, sans invoquer la disposition conjonctive; partant, sans restreindre l'étendue de ses droits en mentionnant les droits égaux de ses collègues. Mais comme ce partage n'est que tacite et non effectif, c'est-à-dire ne contient pas une division expresse de la libéralité, il en résulte que le testateur veut que, si l'un des appelés fait défaut, sa part accroisse aux autres légataires conjoints, plutôt qu'à l'héritier grevé. En d'autres termes, en faisant un tel legs, le testateur entend ne pas déterminer définitivement le droit de chacun des légataires, mais il leur réserve à l'occasion un bénéfice particulier; il leur donne vocation directe à une part virile et vocation subsidiaire, mais distincte aux autres parts du legs. Il y a un droit partiel susceptible d'augmentation dans la pensée du testateur. En un mot, une portion peut s'ajouter à une autre. Il y a *jus accrescendi* plutôt que *jus non decrescendi*.

Remarquons qu'on ne verrait pas du tout pourquoi le législateur donnerait au droit d'accroissement une autre base au legs fait *conjunctim* qu'au legs fait *disjunctim*. En réalité, c'est bien la volonté du testateur qui a guidé Justinien, puisque dans le § 11, L. *un.*, C., *de Cad. toll.*, (VI, 51), il dit que si le testateur veut que l'accroissement opère *cum onere*, il n'a qu'à faire un legs *conjunctim : nam si contrarium volebat, nulla erit difficultas conjunctim ea disponere*. Le legs *conjunctim* est donc l'expression de la volonté d'un testateur qui veut que les charges de sa libéralité soient transmises avec elle, au légataire qui peut s'en tenir à sa part personnelle. Dès lors qu'il y a accroissement proprement dit, il en résulte que le légataire peut refuser la part du défaillant qui est comme une seconde libéralité : *non potest liberalitas volenti adquiri* (L. 19, § 2, D., *de Don.* XXXIX, 5) ; (§ 11, L. *un.*, C., VI, 51, *Vis : Si vero pars*) ; — s'il accepte, il doit l'accepter telle quelle, autrement ce serait faire une acceptation partielle, ce qui est impossible (Paul, L. 4, D., *de leg.* 2°, XXXI ; § 11, L. *un.*, VI, 51. *Vis : cum omni suo*, et *Vis : nam si contrarium*). — Ainsi, ce double point de vue, que les légataires *re et verbis*, ayant un véritable *jus accrescendi*, la part doit accroître *volenti sed cum onere ;* et que les légataires *re tantum* ayant un *jus non decrescendi*, la part doit accroître *invito et sine onere*, est conforme à la volonté du testateur manifestée par la formule dont il s'est servi (1).

(1) Thézard, p. 294, n° 297, et Van Wetter, p. 306 à 312.

QUATRIÈME PARTIE

DU DROIT D'ACCROISSEMENT ENTRE COLÉGATAIRES D'USUFRUIT

Section I

Notion de l'accroissement du droit d'usufruit et des singularités qu'il présente

---

§ 1. — *Notion de l'accroissement du droit d'usufruit*

La théorie de l'accroissement dans les legs d'usufruit présente de l'intérêt à plusieurs points de vue :

1° C'est à l'occasion du legs d'usufruit, que sont formulées les règles de l'accroissement (D., VII, 2, *de Usuf. adc.*). Cela s'explique par ce fait que le droit d'accroissement a été appliqué aux legs d'usufruit, même pendant les lois caducaires qui avaient à peu près supprimé ce même droit dans les autres legs ;

2° Au point de vue de l'accroissement, l'usufruit présente des différences avec le legs de propriété ;

3° A cause des conflits de droits auxquels il peut don-

ner lieu, soit entre légataires de l'usufruit seuls, soit entre ceux-ci et les légataires de la propriété.

« Le droit d'accroissement, en matière d'usufruit, est celui en vertu duquel un légataire voit augmenter sa part dans l'usufruit de la portion échue à un co-usufruitier, qui n'a pas pris possession de son legs, ou en la personne de qui l'usufruit est venu à s'éteindre postérieurement (1). »

Les legs de propriété et les legs d'usufruit se ressemblent au point de vue des conditions d'existence du droit d'accroissement. Dans les uns, comme dans les autres, pour qu'il y ait lieu au droit d'accroissemeut, il faut une conjonction véritable (*re*), c'est-à-dire, unité de la chose léguée et vocation de chaque légataire à la totalité : *totiens jus adcrescendi esse quotiens in duobus qui in solidum habuerunt concursu, divisus est* (*fr. Ulp.*, L. 3, *pr.*, VII, 2)· Mais l'accroissement en matière d'usufruit présente certaines particularités. Quelles sont-elles ?

§ 2. — *Particularités du legs d'usufruit au point de vue du droit d'accroissement*

PREMIÈRE PARTICULARITÉ

L'accroissement s'opère entre colégataires d'usufruit alors même que le défaillant a déjà recueilli sa part, au lieu que quand la propriété d'une chose a été léguée à plusieurs, le droit d'accroissement s'évanouit, après le *dies cedit : Interdum tamen, etsi non sint conjuncti, ta-*

(1) Krans, p. 157.

men ususfructus legatus alteri adcrescit : utputa si mihi fundi ususfructus separatim totius, et tibi similiter fuerit ususfructus relictus. Nam... concursu partes habemus. Quod et in proprietate contingeret: nam altero repudiante, alter totum fundum haberet. Sed in usufructu hoc plus est..., quod et constitutus nihilominus amissus jus adcrescendi admittit. (F. V. 77 et L. 1, § 3, VII, 2). — Exemple : Primus meurt après avoir recueilli son legs : ce legs passe à ses héritiers, s'il s'agit d'un legs de propriété ; il accroît à Secundus, s'il s'agit d'un legs d'usufruit.

Pourquoi cette différence? — On a considéré que l'usufruit étant un droit qui ne passe pas aux héritiers, il est plus conforme à la volonté du testateur de faire profiter du legs d'usufruit, le colégataire, que l'héritier, puisque le colégataire a été préféré à l'héritier, d'une façon plus générale, à celui qui devait le legs. La disparition d'un légataire rend à l'autre la plénitude de son droit, ce qui est impossible s'il s'agit d'un legs de propriété, car il devient transmissible dès son acquisition (1).

Mais les jurisconsultes romains paraissent donner un autre motif de cette dérogation au droit commun : *ususfructus quotidie constituitur et legatur : non, ut proprietas, eo solo tempore, quo vindicatur* (§ 3, L. 1, D., VII, 2, *Ulp.* ; et F. V, 77). La propriété ne peut plus accroître, après le *dies cedit*, parce qu'elle ne peut plus se constituer au profit du légataire ; mais, l'usufruit peut s'éteindre tous les jours. Or, si l'usufruit est censé se renouveler et se reconstituer chaque jour, les légataires peuvent

(1) Accarias, t. I, p. 963. — Van Wetter, p. 338.

recueillir, en vertu de la règle ordinaire de l'accroissement : à savoir que, quand un colégataire fait défaut, pour incapacité ou répudiation, sa part accroît aux autres.

La raison de cette différence entre la propriété et l'usufruit, par rapport au droit d'accroissement, est que la propriété s'acquiert en un moment, dit Pothier, dans ses Pandectes (1). Lors donc que les conjoints ont concouru, et que chacun a obtenu sa part pour en jouir à perpétuité, il ne peut plus y avoir lieu à accroissement entre eux ; mais comme l'usufruit est un droit successif qui s'acquiert chaque jour, les légataires d'usufruit concourent aussi chaque jour, et par conséquent, le droit d'accroissement devient possible à toute époque. — Cette explication est également reproduite dans son traité des donations et testaments (2). « Lors donc que l'un des colégataires cesse par sa mort de jouir de sa part dans cet usufruit, on peut dire que cette part a défailli en sa personne et qu'il y a lieu par conséquent au droit d'usufruit de cette part au profit des colégataires qui étant chacun légataires de l'usufruit pour le total, ont droit de le retenir, lorsque les autres parts viennent à défaillir. »

Mais cette raison des jurisconsultes romains a été critiquée par des auteurs remarquables : « Cette raison nous a toujours paru une pure subtilité. Pourquoi en effet le droit d'usufruit serait-il nécessairement un droit successif? Il n'est tel que dans son émolument, il a une durée temporaire, mais on conçoit très bien que le droit de jouir soit acquis *unico momento*. (3) » « On ne saurait

(1) Pothier, *Pandect.*, VII, 2, t. IV, p. 154, note 2.
(2) Pothier, *Don. Test.*, t. VIII, p. 325, n° 346, *édit. Bugnet.*
(3) Bugnet sur Pothier, *Don., et Test.*, t. VIII, p. 325, note 1.

découvrir un rapport de causalité nécessaire entre la proposition et la règle à laquelle elle doit servir de base juridique. Il nous paraît dans tous les cas bien difficile de déduire de la première : *quotidie constituitur*, la conséquence qu'un usufruit partiel établi par legs, ne doit ni s'éteindre par la mort de l'usufruitier, ni faire retour à la propriété, à la différence de l'usufruit établi par convention (1). » Certains jurisconsultes (2) même accusent les prudents, d'être tombés en contradiction. D'une part en effet, Ulpien (L. *un.*, *pr.*, *quando dies usuf.*, VII, 3) admet que le *dies cedit* n'a lieu qu'une fois pour le legs ordinaire d'usufruit bien que l'usufruit se compose de faits successifs de jouissance; et d'autre part, il admet que la survivance du droit à l'accroissement, est fondée sur la répétition journalière de l'usufruit. Or, on conçoit l'usufruit comme droit unique se constituant une seule fois et donnant lieu à des actes d'exercice qui se rattachent au droit d'usufruit lui-même c'est-à-dire que l'on comprend l'existence d'un seul *dies cedit*, mais non celle de plusieurs, à moins que le testateur ait constitué l'usufruit *in menses vel in dies*. — En raison, toute idée de caducité et par suite toute idée d'accroissement doit être écartée, lorsque les divers légataires ont recueilli. Il n'est pas exact de dire que cette particularité est basée sur la volonté du défunt: « En vain dit-on que le défunt a préféré pour l'usufruit chacun des légataires à ses héritiers. Cette observation n'est exacte qu'autant que le droit n'appartient qu'à un seul. En cas de concours, le défunt a voulu deux usufruits ; car il a voulu un partage avec ses conséquences ; et l'effet de ce partage est de

(1) Maynz, t. III, p. 689.
(2) Machelard, p. 245 ; Glasson, p. 90.

créer deux usufruits indépendants l'un de l'autre. Il est vrai que le sort de la nue propriété réservée aux héritiers variera suivant qu'il y aura concours ou non. Mais ce n'est pas la seule hypothèse où l'on puisse appliquer cet adage : *Ex facto jus oritur* (1). » Mais, peut-on répondre avec M. Krans (2), si le testateur a voulu le partage en cas de concours, il ne l'a pas voulu en l'absence de cette concurrence. On rentre donc dans l'intention du testateur en attribuant la totalité au survivant, s'il n'y a pas concours. Si non, dans quel but aurait-il légué à chacun la jouissance de tout le fonds? Si ce n'était sa volonté, il n'avait qu'à faire un legs avec assignation de parts. En outre, il est difficile d'admettre qu'Ulpien, logique comme tous les jurisconsultes romains, soit tombé en contradiction avec lui-même; car les deux propositions qu'il avance sont tirées du même livre 17 ad Sabinum (L. 1, *pr.* D., *quando dies usufr.*, VIII, 3, et § 59, F. V. ; — L. 1, § 3, D., *de usuf. adc.*, VII, 2). Ulpien pour expliquer la différence du legs de propriété et du legs d'usufruit, au point de vue du droit d'accroissement, énonce une simple considération de fait : *ususfructus quotidie constituitur*. « La propriété est un droit perpétuel, qui est de sa nature transmissible aux héritiers ; il ne pouvait être question de faire accroître à un colégataire survivant la part de celui qui avait pris possession de son legs, sans frustrer les héritiers et sans méconnaître le caractère permanent de la propriété. Au contraire, l'usufruit est un droit personnel transitoire (3). » L'usufruit peut donc s'éteindre, et le concours cesser; dès lors le

(1) Machelard, p. 246, *in fine*.
(2) Krans, p. 164.
(3) Krans, p. 161.

colégataire a la faculté de demander l'exécution de tout son legs, puisque tout obstacle a disparu : il ne se heurte plus à des droits rivaux. « Le légataire de la propriété, comme dit M. Vangerow, acquiert immédiatement tout ce que contient son droit, et il ne reste plus rien à acquérir ; au contraire pour l'usufruitier, l'usufruit se présente sous l'idée d'un certain nombre d'actes de jouissance, qui s'accompliront successivement dans le cours du temps... c'est aussi cette idée qui a inspiré tous les auteurs quand ils disent que l'usufruit est constitué et légué continuellement... c'était une manière d'exprimer fortement une considération vraie en fait, celle de la jouissance quotidienne de l'usufruitier, qui, pour traduire cette expression, est censé jouir au jour le jour (1). » Stéphane confirme aussi cette interprétation dans une de ses scholies (2), interprétation qui se résume à dire que la maxime : *ususfructus quotidie constituitur*, n'est qu'une considération de fait pour justifier la dérogation à la règle ordinaire de l'accroissement. La maxime signifie que l'usufruit exige tous les jours l'existence d'un usufruitier et qu'il s'éteint s'il n'y a plus d'usufruitier. La particularité s'explique par la nature différente du droit de propriété et du droit d'usufruit et la volonté présumée du testateur.

DEUXIÈME PARTICULARITÉ

Dans les legs de propriété, on applique la maxime *portio portioni accrescit;* dans les legs d'usufruit, on suit

1) Krans, p. 161.
(2) Supplém. Basil., l. XVI, t. II, sch. 4, p. 94, *de hoc enim omnes*, etc.

a règle *portio deficiens personæ accrescit non portioni;* c'est-à-dire que l'accroissement est encore possible, pour celui qui n'a plus sa part personnelle, avec cette restriction toutefois, qu'il ne pourra jamais recouvrer la sienne propre : autrement il obtiendrait plusieurs fois ce que le testateur n'a voulu lui donner qu'une seule. Mais, en cas de répétition de l'usufruit, c'est-à-dire lorsque le legs a été réitéré, précisément pour l'hypothèse où le légataire perdrait son droit d'usufruit, il y a plusieurs legs, et alors,la part perdue revient au légataire ainsi gratifié ; de sorte qu'en vertu de la répétition, il peut obtenir successivement la même chose.

Quel est le motif de cette dérogation. — Elle est fondée sur l'unité et la solidarité du legs, qui elles-mêmes ont leur source dans l'intention du testateur, voulant faire profiter l'usufruitier de sa libéralité entière, dès que les droits rivaux de ses colégataires auront disparu. Or, si l'usufruit accroissait à la portion, l'usufruitier qui a déjà perdu cette portion, ne profiterait pas de cet accroissement lui permettant d'obtenir tout ce que le testateur a voulu lui donner.

Trois textes se rattachent à cette particularité.

1er Texte. — L. 33. § 1, D. *de usuf.*, VII, 1.

Papinien fait observer au début de la loi, qu'il y a des cas où l'usufruit n'a pas l'effet d'une part de la propriété. Quelquefois, en effet, l'usufruit est traité comme propriété *usus fructus in multis casibus pars dominii est*, dit Paul (L. 4, *h. t.*), *fructus portionis instar obtinet* (L. 76, § 2, D. *de leg.*, 2°), dit Papinien. Mais ici, il en est autrement. Voici l'espèce : une personne revendique une partie d'un fonds ou d'un usufruit, et succombe par suite d'une sentence inique ; puis elle revendique l'autre par-

tie, *jure accrescendi :* elle sera repoussée par l'exception de chose jugée, s'il s'agit de la propriété; *mais* elle ne saurait l'être par cette même exception, s'il s'agit d'un legs d'usufruit, parceque : *portio fundi velut alluvio, portioni : personam, fructus adcresceret.* Ainsi, pour réclamer une portion d'un fonds, *jure adcrescendi*, il faut en posséder une autre. Or, cette condition n'est pas nécessaire dans les legs d'usufruit (1).

2e Texte.— L. 14, § 1, D., *de Except. rei jud.*, XLIV, 2.

Celui qui, n'ayant droit qu'à une part de l'usufruit, demande l'usufruit entier, commet une *plus petitio* ; d'où il doit être repoussé de sa demande. Mais il ne perd pas sa qualité d'héritier, aussi pourra-t-il réclamer *jure accrescendi*, la part qui provient de son colégataire. L'absence actuelle de la jouissance ne peut empêcher l'accroissement : *quia ususfructus non portioni, sed homini adcrescit*, dit Paul.

3e Texte. — L. 10, D., *de Usufr. adc.* VII, 2.

Voici l'hypothèse de ce texte difficile. Je suis avec vous légataire d'un usufruit. Le partage a lieu. Je suis en voie de perdre la possession du fonds dont j'ai l'usufruit ; je la réclame, en dirigeant à cet effet, une action contre le possesseur apparent qui, sciemment, se présente comme véritable possesseur. *Inter moras litis et post litem contestatam*, la prescription s'accomplit, je perds mon usufruit par non-usage. Il vous accroît — nous ne disons pas retourne à la nue propriété, car il n'y a pas de motif pour refuser le droit d'accroissement dans ce cas. La loi 1, § 2 et § 3, VII, 2, est générale et ne distingue pas : *amissum ab altero et postea amissus* —

(1) Pothier, *ad Pandect.*, VII, 2, p. 156.

Puis, peu après, vous perdez aussi votre usufruit, v. g. par le non-usage ou par un changement d'état : votre part primitive m'accroît et mon ancienne part fait retour à la nue propriété, car l'usufruit perdu ne peut jamais revenir par accroissement à son titulaire originaire. Enfin, je gagne mon procès, *adversus eum qui se liti obtulit.* Eh bien ! quel sera le chiffre des dommages et intérêts que je pourrai réclamer à ce faux possesseur, pour le préjudice qu'il m'a causé, par sa mauvaise foi ? Ulpien répond que j'obtiendrai seulement des dommages et intérêts égaux à la moitié de la valeur de l'usufruit total, car là se borne le tort souffert.

Cette solution s'explique en raison : j'ai perdu ma part par non-usage : elle a fait retour à la nue propriété(L. 25. D., *Quibus mod. ususf. amitt.*, VII, 4, *fr. Pomponius ;* mais cette perte ne m'a pas empêché d'acquérir la part de mon colégataire, par voie d'accroissement : *pars enim collegatarii ipsi adcrescit, non domino proprietatis : ususfructus enim personæ adcrescit, etsi fuerit amissus.* Le dol du défendeur n'a pas empêché l'accroissement.

Ce système s'appuie sur le rapprochement du texte des Basiliques (1) avec celui du Digeste ; et sur la loi 5 § 5. D., *Si ususf. petetur.* VII, 6, *fr. Ulp.* Dans ce fragment qui est du même jurisconsulte que la loi 10 dont s'agit, il est dit que le faux possesseur rétablira l'usu-

(1) « Etiam ei, qui partem suam amisit, interdum pars usufructus accrescit : si enim mihi et tibi usufructus legatus sit, et ego uti frui prohibitus usumfructum petam, et post litem contestatam usumfructum amisero, deinde et tu portionem tuam amiseris, et causam obtinuero, partem duntaxat, quam amisi, restituit mihi, qui mecum litigavit : partem enim tuam jure accrescendi capiam. » — Basiliques, liv. XVI, tit. II, n° 10, t. II, p. 192. Édit. G. E. Heimbach, 1840 ; — et Supplém., p. 97. Ce dernier texte porte : petiero, capio, au lieu de : petam, capiam.

fruit dans la mesure du tort causé, c'est-à-dire en totalité — car, dans l'espèce, il n'y a qu'un légataire — et garantira contre l'éviction : *sed et si forte tempore usus fructus amissus est, alio quidem possidente, alio autem liti se offerente, non sufficit, eum usumfructum iterum renovare : verum cavere quoque eum de evictione ususfructus oportet* (1).

TROISIÈME PARTICULARITÉ

Sous les lois caducaires, le legs d'usufruit reste soumis à l'accroissement, et il ne donne jamais lieu au *jus caduca vindicandi*, parce que, l'usufruit étant un droit attaché à la personne, il serait transformé, si le titulaire lui-même était changé. Mais les déchéances s'appliquent au legs d'usufruit, en ce sens que le testateur, ne peut pas, pour éviter les peines des lois Juliæ, gratifier un incapable, v. g. un *cælebs* ou un *orbus ;* autrement, le testateur, au lieu de faire un legs de propriété, aurait fait un legs d'usufruit (2).

SECTION II

De la répétition de l'Usufruit et de son influence au point de vue du droit d'accroissement

§ 1. — *De la répétition de l'usufruit*

L'usufruit est un droit réel, attaché à la personne ; il finit donc avec elle. Dès lors, si un légataire d'usu-

(1) Henri van Suerin. *Quæst. de usuf. acc.*, Otto, IV, p. 116. — Van Wetter, p. 356. — Krans, p. 168. — Cf. Pothier, *ad Pandect.*, VII, 2, *in hâc leg.*, t. IV, p. 156.

(2) Machelard, p. 240. — Krans, p. 57. — Accarias, 962, n° 398.

fruit est *capite minutus*, c'est-à-dire subit un changement d'état, sa personnalité juridique primitive est éteinte et elle est remplacée par une nouvelle. Le *capite minutus* perd les *sacra privata ;* il passe à un autre chapitre du cens, il perd ses droits d'agnation, de gentilité, de patronage; son testament devient *irritum* ; ses biens et ses créances passent à un autre ; ses dettes sont éteintes *jure civili ;* enfin les droits attachés à la personne, v. g. l'usufruit, prennent fin. Eh bien! lorsque le testateur veut que l'usufruit dure malgré l'une des causes qui peuvent y mettre un terme, il le peut en exprimant cette intention, c'est-à-dire en léguant de nouveau le même usufruit (*relegare*) par une clause spéciale (L. 5. pr., *quibus mod. ususf.*, VII. 4, *fr. Ulp.*): *Repeti potest legatus ususfructus amissus qualicunque ratione : dummodo non morte : nisi forte heredibus legaverit.*

La répétition a donc pour but de faire revivre un usufruit éteint autrement que par une cause irrévocable : mort du titulaire, perte de la chose.

Elle peut être expresse ou tacite, et dans ce dernier cas, elle est contenue dans les expressions : *quamdiu vivat* (L. 3, *pr. h. t.*) ; ou dans le legs fait *in singulos annos, in singulos menses, in singulos dies, alternis annis* ou *usque ad decennium* (L. 2, *pr.*, L. 3, *pr. h. t.* ; L. 23, *de usu et usuf.*, XXXIII. 2).

Elle est générale, si elle doit s'appliquer à tous les modes d'extinction: *quoties amissus erit ;* elle est spéciale, si elle ne prévoit que des causes déterminées v. g. la *capitis deminutio* (L. 3. *pr.*, VII, 4).

Si la répétition est faite au profit des héritiers de l'usufruitier, l'usufruit se continue à leur profit ; mais, il n'y a pas là une véritable répétition; car, ce n'est

pas le même usufruit qui est légué (L. 5, *pr. h. t.*).

Enfin, la répétition peut être continue ou discontinue. Elle est continue dans la répétition expresse : *quoties quis capite minutus erit, ei lego* (L. 3, *pr., h. t.*) ; et quelquefois aussi, dans la répétition tacite : *in singulos annos, menses, dies, alternis annis*, c'est-à-dire lorsque l'usufruit est légué périodiquement (L. 2, *pr., h. t.*).

§ 2. — *Influence de la répétition d'usufruit sur le droit d'accroissement entre colégataires*

1re Hypothèse. — Un testateur lègue *conjunctim* un usufruit à Titius et à Mævius, et il fait la répétition de tout l'usufruit au profit de Titius, pour le cas où il viendrait à subir la *capitis minutio*. Titius aura-t-il l'usufruit en vertu de la répétition, ou bien le droit d'accroissement subsistera-t-il ? Papinien, approuvé par Ulpien, décide que l'accroissement se produira de la même façon que si Tertius avait été substitué à Titius dans l'usufruit, car Titius et Mævius sont unis *re*. La substitution n'empêche pas les colégataires de rester conjoints ; donc, si Tertius substitué vient à faire défaut, c'est le colégataire Titius qui profitera de cette défaillance.

Ainsi, lorsque la répétition du legs se fait après la perte d'un usufruit par changement d'état, le droit d'accroissement est conservé (L. 3, § 1, *Quib. mod. ususf.*, VII, 4.)

2e Hypothèse. — Un testateur lègue un usufruit à Titius et à Mævius, puis il le lègue de nouveau, non pas en entier, mais pour partie, à Titius. Le droit d'accroissement subsiste-t-il et comment s'opère-t-il? *Idem Papinianus quærit, si Titio et Mævio usufructu legato,*

in repetitione ususfructus non totum, sed partem Titio relegasset : an viderentur conjuncti? (L. 3, §2, VII. 4).

Si Titius perd son droit, Mævius aura le tout *jure accrescendi* : *Et ait, si quidem Titius amiserit, totum socio adcrescere.*

Mais, si Mævius perd son usufruit, et si la répétition se produit pour Titius qui a subi un changement d'état, comment va se diviser l'usufruit? Le texte répond : *quod si Mævius amisisset non totum adcrescere, sed partem ad proprietatem redire : quæ sententia habet rationem. Neque enim potest dici, eo momento, quo quis amittit usum fructum, et resumit, etiam ipsi quicquam ex usufructu adcrescere; placet enim nobis, ei qui amittit usumfructum ex eo quod amittit, nihil adcrescere.* Quelle interprétation convient-il de donner à ce texte ?

Voyons d'abord de quoi se compose la part de Mævius. Titius a subi la *capitis deminutio*, il a perdu son droit, mais en vertu de la répétition, il a droit à une moitié du tout, *dimidiam partem ususfructus*. Par la répétition, il acquiert la moitié indivise sur sa part perdue (1/4 du tout) et une moitié de la part de Mævius (1/4 également). En effet, la répétition lui donne droit à la moitié de la totalité ; il doit donc faire sa reprise sur la part de Mævius, comme sur la sienne. Il a ainsi la moitié indivise de tout l'usufruit. Mais il a obtenu seulement une moitié de sa part primitive, l'autre moitié accroîtra à Mævius. Après la répétition, Mævius aura une moitié de tout l'usufruit : la 1/2 de sa part primitive (1/4) et la 1/2 de la part de Titius. Dès lors, si Mævius est *capite minutus* et perd son usufruit, le 1/4 qu'il a conservé de sa part primitive accroîtra à Titius ; mais, l'autre 1/4 venant de Titius *jure accrescendi*, ira à la nue propriété, car on ne peut recouvrer

jure accrescendi la part perdue. En somme « Titius par la répétition reprend 1/2 indivise du tout, composée de la moitié de son ancienne part et de la moitié de celle de Mævius ; celui-ci conserve le 1/4 restant de son ancienne portion et recueille par accroissement le 1/4 perdu par Titius. Si Mævius subit un changement d'état, ce dernier quart retourne au propriétaire, tandis que l'autre 1/4 accroît à Titius, qui se trouve de cette façon possesseur des 3/4 de l'usufruit total. »

Ce système, tel que nous venons de l'exposer, avec M. Krans, est conforme : 1° à l'intention du testateur, voulant que Titius reprenne la moitié de l'usufruit, après avoir perdu sa part; 2° à la loi 164, § 1, V. S. 50, 16, disant que *pars* est synonyme de moitié ; 3° au texte des Basiliques (2): « *Si Petro et Paulo usumfructum legaro et dimidiam tantum in personâ Petri repetierod, si quidem Petrus amiserit, totum Paulo accrescit. Quodsi Paulus amiserit, pars accrescit Petro, et pars ad proprietatem redit : nemo enim, quod amisit, jure accrescendi recipit.* » Si Pierre et Paul sont légataires d'usufruit et que la répétition n'ait eu lieu que pour moitié en la personne de Pierre, et si Pierre vient à perdre sa part, elle accroît à Paul; si au contraire, c'est Paul qui perd sa part, un quart de sa part ira par accroissement à Pierre, la perte de l'usufruit n'empêchant pas l'accroissement — et un quart au nu-propriétaire, parce que cette dernière part se compose de la portion perdue par Pierre et accrue à Paul. La raison du texte (L. 3, § 2, *in fine*, VII, 4) signifie que le droit d'accroissement a pour but de faire acquérir seulement une part qu'on n'a pas encore eue en

(1) Krans, p. 183.
(2) Basil., t, II, liv. XVI, tit. IV, p. 194.

jouissance ; mais non de la faire recouvrer,si on l'a perdue. Or, c'est ce qui arriverait, si Titius, exerçant la répétition, reprenait toute la part de Mævius (1).

Autre hypothèse. — La *capitis minutio* détruit seulement l'usufruit constitué. Par exemple, si un usufruit a été légué *in singulos annos, vel menses, vel dies*, le changement d'état ne fera perdre que l'usufruit de l'année, du mois ou du jour. Il y a comme une répétition de l'usufruit : *Ut commemoratio temporum, repetitionis potestatem habeat* et l'accroissement se produit au profit des autres, à partir du moment où le légataire a subi le changement d'état, jusqu'à la période prochaine (L. 1, § 3 et L. 2, § 1, VII, 4).

Autre hypothèse. — Un legs d'usufruit fait à plusieurs, peut ne pas donner lieu au droit d'accroissement. En effet l'usufruit, droit successif, divisible quant à la durée, peut être constitué alternativement ; de sorte que, l'un aura la jouissance pendant une année, et l'autre pendant l'année suivante. Il y a comme deux legs distincts : *si duobus separatim, alternis annis ususfructus, relinquatur* (L. 2, *pr.*, VII, 4) ; par suite, pas de conjonction réelle, pas d'accroissement : *neque enim adcrescere alteri quicquam potest : quoniam propria quisque tempora, non concurrente altero, fructus integri habuit.* (L. 2, *eod.*). Dès lors, si l'un des légataires, *capite minutus*, vient à faire défaut, l'usufruit fera retour à la nue propriété, pour le reste de l'année ; si ce même égataire meurt, c'est le maître du fonds qui en jouira

(1) Cf. Van Wetter, p. 360,

alternativement avec l'autre légataire. Mais si l'usufruit a été légué alternativement à deux ou plusieurs, *duobus simul alternis annis*, et qu'ils perçoivent les fruits en même temps, la première année, pour les laisser au nu-propriétaire l'année suivante, et si l'un des légataires fait défaut, sa part accroîtra aux autres colégataires, parce qu'alors ils sont conjoints réellement et dans le même temps. Si, au lieu de deux usufruitiers, on n'en suppose qu'un, l'héritier aura la pleine propriété toutes les fois que le donataire en usufruit sera privé de sa jouissance : *cum si legatarium unum substituas, cui alternis annis legatus sit ususfructus, plena sit apud heredem proprietas eo tempore, quo jus fruendi legatario non est.*

En somme, dans les cas de répétition discontinue, l'usufruit est, malgré la répétition, perdu pendant un certain temps durant lequel l'usufruit vacant retourne soit au colégataire, soit au nu-propriétaire, jusqu'à la nouvelle époque où doit recommencer l'usufruit, au profit du légataire, en vertu de la répétition. L'accroissement de l'usufruit peut donc avoir lieu *ad tempus :* c'est une quatrième particularité du legs d'usufruit qui ne se rencontre pas dans le legs de propriété pour lequel on rejetait toute répétition. La propriété en effet, ne pouvait, comme l'usufruit, se perdre par un changement d'état (L. 1, § 3 ; L. 2, D., *Quib. mod. ususf.*, VII, 4).

Autre hypothèse. — (L. 6, § 2, D., *de usuf. adc.*, VII, 2). Ulpien suppose qu'un fonds a été légué, en usufruit, à Primus, purement et simplement, à Secundus sous condition. Il décide que jusqu'à l'arrivée de la condition, tout l'usufruit appartiendra à Primus : mais, si celui-ci devient *capite minutus*, il perdra également tout l'usu-

fruit. A l'arrivée de la condition, deux cas peuvent se présenter : ou Primus subit un changement d'état; et alors Secundus recueillera tout l'usufruit; ou Primus ne subit pas de changement d'état, et alors il partagera avec Secundus. Ici l'usufruit accroît *ad tempus* ; il peut même rester suspendu pendant un certain temps ; mais, il n'y a là rien qui soit particulier à l'usufruit. En effet, supposons un legs de propriété fait dans les mêmes conditions. Primus légataire pur et simple acquiert son legs. Il prend aussi par suite de sa vocation à la totalité, la part de Secundus légataire conditionnel : c'est une application du principe que chaque légataire conjoint *re* ne doit être limité dans l'exercice de ses droits que par le concours de son colégataire. Il peut se faire que Primus n'acquiert pas le legs qui lui a été fait ; dans ce cas, l'objet entier du legs qui devait se diviser en deux parts par la concurrence, appartiendra sous condition à Secundus, et l'accroissement sera ainsi suspendu.

On peut tirer en ce sens un argument d'analogie de la loi 34, § 10, *de leg*, 1°, XXX: *Sed si in pupillari testamento alii eamdem rem legaverit quam mihi in suo testamento legavit, Julianus scribit, concursu partes nos habere : interim igitur partem habebit is, cui in suo testamento legavit.* La même chose a été léguée à l'un dans le testament du père de famille, à l'autre dans le testament du fils. Ce dernier testament n'est valable que si le fils meurt, il est conditionnel. Eh bien! quelle sera, *interim*, la part de celui qui a été gratifié dans le testament du père? Ce légataire pur et simple n'obtiendra qu'une partie de

(1) Van Wetter, p. 371.
(2) Krans, p. 188.
(3) Machelard, p. 37 et note 2.

la chose, c'est-à-dire il n'exercera un droit absolu et irrévocable que sur la moitié de la chose, sur l'autre un droit précaire jusqu'à l'arrivée de la condition. La division ne se produira que par le concours: *concursu partes nos habere.*

La loi 99, D., *de leg.*, 1°, XXX, s'explique de la même façon: *Si domino Stichus legatus esset, et servo ejus optio data: partem dimidiam Stichi dico ad dominum pertinere: quod possit servus manumissus eumdem Stichum optare.* Stichus a été légué à Titius, purement et simplement et l'option de Stichus a été donnée à l'esclave de Titius. Le legs d'option est conditionnel et sa validité dépend de l'affranchissement postérieur de l'esclave. La moitié de l'esclave appartiendra au maître, d'une façon irrévocable; l'autre moitié lui appartiendra à titre provisoire jusqu'à l'affranchissement. Et en effet, l'esclave de Titius peut être affranchi avant l'option: il peut alors choisir le même Stichus, car il a le choix d'un esclave.

SECTION III

Application des règles générales à l'accroissement en matière d'usufruit

§ 1. — *Cas où l'accroissement a lieu*

Le principe est posé dans la loi 1, *pr.* et L. 3, *pr.* (VII, 2), *totiens jus adcrescendi esse, quotiens in duobus, qui in solidum habuerunt, concursu divisus est.* Il faut l'unité de chose léguée, la solidarité de la vocation; mais, l'unité de langage n'est pas nécessaire ; *nihil re-*

fert conjunctim an separatim relinquatur (F. V., 77 et L. 1, § 3, VII, 2).

Avant Justinien, un legs d'usufruit peut être fait dans la forme *per vindicationem* U. R. XXIV, 12; P. S., III, VI, 26; et alors les légataires conjoints auront un droit réel sanctionné par l'action confessoire. S'ils viennent en concours il y aura lieu à partage ; mais si l'un fait défaut, sa part accroîtra aux autres. — Si l'usufruit est constitué *conjunctim* dans la forme *per damnationem*, chaque légataire est créancier de l'héritier engagé divisément à une prestation envers chaque légataire, et les parts se forment de plein droit (F. V. 85; L. 16, *pr.*, *de leg.*, 1°; L. 34, § 9, *de leg.*, 1°). Dès lors, l'héritier profite de la défaillance du legs.

Le même principe s'applique aux fidéicommis (F.V.85), *in fideicommisso autem id sequimur, quod in damnatione.*

Depuis le s.-c. Néronien (G. II, 197 ; U. R. XXIV, 11), tout legs, nul en sa forme, est validé comme s'il eût été fait *optimo jure*. Quelle est l'influence de cette réforme, au point de vue de l'accroissement dans un legs d'usufruit?

La réponse se trouve dans le § 85, F. V. Quand l'usufruit de la chose d'autrui a été légué *per vindicationem*, ce legs est nul, à cause de la forme employée ; mais il peut être confirmé par le s.-c. Néronien, et alors le droit d'accroissement cessera, si le légataire vient à manquer, après l'usufruit constitué; au contraire l'action réelle utile sera donnée pour le tout, si le légataire fait défaut, avant la division du legs. Cette solution peut s'expliquer par cette considération: jusqu'au moment de l'entrée en jouissance des deux légataires, on suit par

faveur la volonté du testateur : il s'est servi de la forme *per vindicationem* pour donner le tout à chacun, quand il n'y a pas de concours ; mais la faveur cesse après la constitution de l'usufruit, *sine dubio dicendum est jus adcrescendi cessare, si modo post constitutum usumfructum fuerit amissus*, parce que chaque légataire jouit d'un droit qui lui est propre, chaque légataire devient étranger à son colégataire. Nous rencontrons ainsi une exception à la règle spéciale au legs d'usufruit, *portio personæ accrescit*, qui permet au légataire de recueillir la part du défaillant, même après que le legs a été divisé. On s'écarte de la règle : *portio personæ*, pour suivre les règles du legs *per damnationem*.

Lorsqu'un legs de propriété est validé par le s. c. Néronien, faut-il appliquer, en ce qui concerne le droit d'accroissement, les principes que nous venons de poser pour les legs d'usufruit? Faut-il appliquer les règles du legs *per vindicationem* ou du legs *per damnationem?* Nous pensons avec M. Glasson (p. 102) qu'il faut appliquer les règles de ce dernier ; car le legs nul en sa forme primitive, n'est valable que parce qu'il est ramené à la forme *per damnationem*, et alors comme les parts se divisent, il ne peut y avoir lieu à accroissement.

L'avant-dernière phrase du § 85, F. V., nous dit quelle action aura le légataire qui recueille la part défaillante en vertu du s.-c. Néronien : il aura une action réelle utile.

Justinien, dépassant en sa réforme, Constantin qui avait supprimé les formules des legs, tout en laissant subsister les quatre espèces de legs, pour s'en tenir seulement à l'intention du testateur, décide qu'il n'y aura plus qu'une seule espèce de legs et qu'on suivra les règles de

l'ancien legs *per vindicationem*. On ne fera pas non plus de différence entre les legs et les fidéicommis, et l'accroissement aura lieu même dans les legs qui ne donnent lieu qu'à une créance (L. *un.*, § 11, C., *de Cad. toll.*, VI, 51).

Sous Justinien, comme dans l'ancien droit, il faut, pour donner lieu au droit d'accroissement, que les légataires soient unis *re et verbis*, ou *re tantum*. Nous avons déjà dit, qu'on ne saurait objecter la loi 89, *de leg.* 3°, qui a trait à l'attribution des parts caduques, mais nullement au *jus accrescendi*. Ajoutons ici qu'on ne peut invoquer davantage la loi 41, *pr.*, *de leg.*, 2°, ni la loi 16, § 2, *de leg.*, 1°.

Dans la première, Javolène suppose un legs ainsi conçu : Je donne à Mævius la moitié du fonds Cornélien, je donne à Séius l'autre moitié du même fonds ; je donne le même fonds à Titius. Séius vient à décéder, sa part accroît à Mævius et à Titius, parce que, quand on lègue, *separatim*, les parties d'un fonds et le fonds lui-même, il faut que la part défaillante accroisse proportionnellement à leur part à ceux à qui le fonds a été légué *separatim*.

Eh bien! Mævius et Séius sont séparés *re et verbis*, car il y a assignation de parts et deux formules de langage. Titius est aussi séparé *verbis*, par rapport à Mævius et à Séius, mais, il leur est conjoint *re*; d'où, Séius venant à faire défaut, sa part ne devrait pas, en principe, accroître à Mævius, mais à Titius seul. Cependant le texte admet les deux légataires au bénéfice de l'accroissement. C'est qu'en effet, si Mævius ne recueillait pas la part défaillante, *pro portione legati*, on irait contre les intentions du testateur, qui a entendu lui donner, sauf le cas de concours, la moitié du fonds, mais seulement la

moitié, et la totalité à Titius, de façon à ce que celui-ci ait toujours une part double des autres. En effet, si le testateur eut prévu la défaillance de Séius, il eut légué une moitié du fonds à Mævius et la totalité à Titius, préféré deux fois à celui-ci. Une réduction devient alors nécessaire et aboutit à donner 1/3 à Mævius et 2/3 à Titius. Eh bien! en vertu de l'accroissement, les légataires obtiendront le même chiffre. En effet, la part de Séius (1/4 ou 3/12) se divise *proportione legati*, entre Titius et Mævius, de sorte que Titius aura 8/12 ou 2/3 et Mævius 4/12 ou 1/3. Il est naturel que si celui qui empêchait les autres de recueillir la part entière à laquelle ils étaient appelés, vient à disparaître, ceux-ci profitent de cette part par voie d'accroissement, basé sur une sorte de conjonction *re*, qui résulte du concours des légataires, et non sur la conjonction *verbis tantum* qui restreint le légataire à la part qui lui a été assignée par le testateur (1).

En somme, si le droit d'accroissement existe dans notre hypothèse, ce n'est pas à cause de la conjonction *verbis*, mais à cause du concours des légataires, qui établit entre eux une sorte de conjonction *re*.

Dans la seconde loi (L. 16, § 2, *de leg.*, 1°), il est décidé qu'alors même qu'il y aurait assignation de parts viriles : *sed et si testator Titio et posthumis viriles partes dari voluisset, vel etiam id expressisset*, le légataire capable recueillera tout le legs, *non nato posthumo : totum legatum Titio debetur*. Mais cette solution se justifie, par cette considération, que le testateur a entendu faire un partage, seulement pour le cas où le posthume naîtrait. Avant ce moment, la division est impossible,

(1) Machelard, p. 33 et 34. — Krans, p. 193 et 194.

car il n'y a pas de division sans diviseur (L. 7, *pr.*, *de rebus dub.*, XXXIV, 5, *fr. Gaius*) : *Ego commodius dici puto, si quidem natus non est, minime eum partem facere* (1).

— Ceux qui sont unis dans une même conjonction *re et verbis*, sont préférés aux *conjuncti re tantum;* de sorte que si l'un des *conjuncti re et verbis* vient à faire défaut, sa part accroîtra aux autres légataires unis de la même façon. Les *re et verbis conjuncti* forment une unité juridique. Ils ne recueillent à eux tous qu'une portion virile égale à celle attribuée au *re conjunctus*, parce que ce dernier a reçu du testateur un signe d'affection égal à celui donné à tous les *re et verbis conjuncti*. Par exemple, si un testateur lègue un usufruit à Attius et à ses héritiers, Attius aura la moitié, et les héritiers l'autre moitié. Si ce même testateur a dit: je lègue tel usufruit à Attius et à Séius, et à mes héritiers; l'usufruit se divise en trois parts, et la part d'un des héritiers défaillants accroîtra aux autres héritiers (L. 7, *fr. Paul.*, D., VII, 2).

Lorsque l'usufruit est laissé à un esclave commun à deux maîtres et séparément à Titius, la part de l'un des deux maîtres qui fait défaut n'accroît pas à Titius; mais, le maître qui reste peut-il acquérir, *jure adcrescendi*, la part défaillante? Oui, dit Julien (L. 1, § 2, VII, 3); non, dit Celse, à la suite de Proculus (L. 20, *de leg.* 2°, XXXI), en parlant d'un legs de propriété, parce que les copropriétaires de l'esclave ne sont pas conjoints, et ne peuvent réclamer leur legs que *proportione dominii*. Or, comme ils ne possèdent que la moitié

(1) D'Hauthuille, p. 60; — Machelard, p. 35; — Krans, p. 195.

de l'esclave, puisqu'il est commun, ils n'ont droit qu'à la moitié du legs fait à l'esclave.

Pothier (1) essaye de concilier ces deux solutions, en disant qu'on ne doit pas considérer dans cette espèce, la personne des maîtres, mais celle de l'esclave, car l'usufruit est un droit attaché à la personne. Dès lors, les maîtres sont censés conjoints *re*, à cause de l'esclave. Voilà pourquoi le droit d'accroissement est possible dans le legs d'usufruit. Il ne l'est pas dans le legs de propriété, parce qu'on doit considérer la personne des maîtres qui sont séparés, *re*, par la chose.

Mais les fragments du Vatican (§ 75) montrent qu'il y avait controverse sur la question du legs d'usufruit fait aux maîtres de l'esclave commun et à Titius. En effet Marcellus, Mauricianus et Papinien repoussaient l'idée d'accroissement, Pomponius également: La part défaillante ne doit pas plus accroître au copropriétaire de l'esclave commun, qu'elle n'accroîtrait à celui qui, ayant un usufruit, en céderait la moitié au propriétaire ou en perdrait la moitié. La cession ou la perte partielles empêchent l'accroissement. Eh bien! « si l'un des deux maîtres perd sa part, c'est une partie de l'usufruit légué à l'esclave qui est perdue, et l'autre maître en reprenant cette même portion ne pourrait le faire que du chef de l'esclave, c'est donc comme si celui-ci recevait de nouveau une part qu'il a perdue antérieurement, ce qui ne se peut » (2). Ulpien touché par cette objection très grave, admet bien la solution de Julien, mais sans invoquer le droit d'accroissement. Il donne ce motif que

(1) Pothier, *Pandect.*, t. IV, p. 148, note 1.
(2) Krans, p. 196.

pendant la vie de l'esclave dont la personne est prise en considération, aucune portion de l'usufruit ne peut périr. Tout l'usufruit subsiste sur sa tête et alors l'autre maître acquiert la portion défaillante en vertu du principe que l'esclave commun acquiert pour l'un de ses maîtres, ce qui ne peut plus appartenir à l'autre, car l'esclave est censé alors appartenir entièrement au maître capable (L. 1, § 4, *de stip. serv.*, XLV, 3, *fr. Julian*) (1).

La loi 1, § 1. VII, 2, se réfère à la même hypothèse d'un legs fait à l'esclave commun, mais elle ne suppose pas qu'il soit fait aussi à un tiers. Dans cette loi, comme dans la précédente, l'accroissement est admis, parce que la conjonction objective existe, mais les *conjuncti re et verbis* jouissent d'un accroissement privilégié à l'égard des autres appelés.

Concours des légataires de l'usufruit et de ceux de la pleine propriété (2). Les jurisconsultes Africain et Paul décident que si la propriété a été léguée à deux légataires et l'usufruit à un seul, les deux légataires de la propriété auront la moitié de cet usufruit et le légataire de l'usufruit l'autre moitié. Réciproquement, s'il y a deux usufruitiers et un légataire de la propriété (L. 9, D., *de usuf. adc*, VII, 2 et L. 26, 1, D., *de usu et usuf.*, XXXIII, 2).

Pourquoi la division se fait-elle ici par moitié, au lieu de se faire par portions viriles ? Pothier (3) nous en

(1) Van Wetter, p. 377.
(2) Van Wetter, p. 379. — Krans, p. 197.
(3) Pothier, *Ad Pandect.*, liv. XXX, XXXI, XXXII, n° 426, t. XII p. 217.

donne cette raison que les légataires de l'usufruit ou de la propriété ne forment qu'une unité juridique, car ils sont comme *re et verbis conjuncti*. Cette interprétation est conforme à la volonté du testateur.

Quant à l'accroissement, il a lieu suivant les principes ordinaires, c'est-à-dire que la portion de celui qui fait défaut, accroît d'abord aux *conjuncti re et verbis*.

L'usufruit se joint à la nue propriété, non pas par la consolidation, mais *jure accrescendi : magis jure adcrescendi ad alterum pertinet, quam redit ad proprietatem* (L. 3, § 2, VII, 2), ce qui a de l'importance au point de vue des charges.

Il est possible que le testateur fasse un legs conçu de cette façon : Je lègue à Primus la nue propriété du fonds Cornélien, à Primus, à Secundus et à Tertius l'usufruit de ce même fonds. Il y a ainsi trois légataires conjoints quant à l'usufruit. Dès lors, si Secundus vient à subir un changement d'état, sa part se divisera également entre les deux autres. Primus, en effet, a été assimilé aux deux autres légataires de l'usufruit : l'usufruit lui a été légué spécialement, comme à Secundus et à Tertius.

On peut avec la loi suivante (L. 5, VII, 2), imaginer avec Gaius que le légataire Primus a fait à Quartus tradition de la nue propriété de ce même fonds, *deducto usufructu*. Eh bien ! le droit d'accroissement subsiste au profit du *tradens*, avec le même usufruit qui avait été légué et retenu dans la vente. La déduction de cet usufruit ne constitue pas une cause d'acquisition nouvelle brisant la conjonction entre légataires : *nec videri novum, tibi adquiri usumfructum*. Ces mots *deducto usufructu* ont donc leur importance, malgré l'avis contraire de Pothier,

disant que l'accroissement aurait lieu quand même l'usufruit ne serait point réservé (1).

Demandons-nous pour en finir sur ce point, quelle est l'influence de la consolidation sur le droit d'accroissement dans les legs d'usufruit. Si un des légataires a acquis la nue propriété dont il avait l'usufruit, le droit d'accroissement subsistera pour tous, tel qu'il existait auparavant. L. 6, pr., VII, 2 : *Idem et si apud unum ex tribus fructuariis consolidatus sit ususfructus;* L. 3, §2, *eod.*: *jus adcrescendi non perit.* L'usufruit est éteint, *jure civili*, par la consolidation, mais le préteur, par un motif d'équité, donnera une action utile au colégataire usufruitier, pour que sa situation relative à l'accroissement ne soit pas changée par cet événement : *sed prætor, subsecutus exemplum juris civilis, utilem actionem dabit fructuario* (F. V. 83).

Si un testateur a fait un legs d'usufruit alternatif, de façon que les deux colégataires de l'usufruit, Primus et Secundus, en jouiront par exemple, la première, la troisième, la cinquième année, et les deux héritiers Tertius et Quartus, la deuxième, la quatrième et la sixième année, les héritiers et les légataires jouiront alternativement. Eh bien ! si l'un des cousufruitiers fait défaut, son droit accroîtra à Secundus, qui dès lors alternera seul avec les héritiers, parce que, bien qu'il y ait plusieurs legs, chaque legs s'adresse intégralement à chaque légataire (L. 2, *pr.* et § 2., D., *Quib. mod. ususf.*, VII-4) (2).

(1) Pothier, *Ad Pandect.*, VII, 2, t. IV, p. 148, note, 6.
(2) Pothier, *Ad Pandect.*, t. XII, p. 356, notes 2 à 4.

§ 2. — *Cas où l'accroissement n'a pas lieu*

En principe, le droit d'accroissement cesse toutes les fois que les légataires ne sont pas appelés à la totalité du même usufruit, c'est-à-dire quand l'identité de vocation fait défaut (fr. Ulp., L. 3, *pr.*, VII, 2). — Essayons d'indiquer les cas principaux où l'accroissement ne se produit pas.

I. — L. 6, § 1, *fr. Ulp.*, VII, 2 :

Si la nue propriété a été léguée à Primus, *deducto usufructu*, et si une partie de cet usufruit m'a été léguée, l'accroissement ne peut se produire entre l'héritier et moi, et la partie de l'usufruit perdue retournera à la nue propriété. En effet, la moitié seulement de l'usufruit m'a été laissée, et l'autre moitié a été laissée à l'héritier. Il n'y a jamais eu concours pour la même part.

II. — L. 1, § 4; L. 2; L. 3, *pr.. h. t.* :

Un testateur a institué deux héritiers, et il a légué la nue propriété à un tiers, *deducto usufructu*. Ces deux héritiers n'ont pas le *jus accrescendi* entre eux, parce qu'il n'y a pas de concours possible. Chacun a reçu, dès le principe, une part de l'usufruit proportionnelle à la part pour laquelle il succédait. L'usufruit a été divisé par le testateur et non par le concours. Aussi la part vacante de cet usufruit fera retour à la nue propriété. C'est l'avis d'Ulpien, Africain, Nératius, Celsus. Mais si un des héritiers faisait défaut comme héritier, sa part d'usufruit accroîtrait évidemment à l'autre cousufruitier. Cette solution conserve le rapport que le testateur a voulu

établir entre la part dans l'hérédité et la part dans l'usufruit.

III. — LL. 11 et 12, *h. t.* :

Lorsque chaque héritier doit laisser l'usufruit du même fonds à plusieurs légataires, ces légataires sont séparés, et par suite, privés du droit d'accroissement, comme si l'usufruit de ce même fonds leur eût été légué, *æquis portionibus*. Le droit d'accroissement est écarté, puisque chaque légataire doit réclamer son usufruit à chaque héritier : un légataire ne peut demander son legs que sur la portion héréditaire attribuée à l'héritier qui lui a été indiqué : *alius ab alio herede usumfructum vindicat*.

IV. —L. 3, § 1, *h. t.* :

Deux propriétaires d'un fonds le vendent et en retiennent l'usufruit ; puis, l'un d'eux perd sa part d'usufruit : elle retourne à la portion qu'il a vendue et dont elle avait été séparée. Les deux covendeurs avaient des parts distinctes dans l'usufruit, égales à leurs droits dans la propriété. L'accroissement n'a pas lieu parcequ'il n'y a pas concours. *Ad eam enim partem redire debet, a quâ initio divisus est*, dit Celsus.

V. — L. 57, § 1, *de Usuf. et quemad*, VII, 1 :

Ceux à qui il a été légué des aliments sont censés avoir des parts distinctes dès l'origine, quoique le testateur n'ait pas fait ces parts d'une façon expresse. Aussi ils n'ont pas le droit d'accroissement. C'est pourquoi la jouissance d'un fonds léguée, par fidéicommis, *ob alimenta*, à des affranchis, retourne au nu-propriétaire au fur et à mesure que les affranchis viennent à décéder :

Per fideicommissum, fructu prædiorum ob alimenta libertis relicto, partium emolumentum ex persona vita decedentium ad dominum proprietatis recurrit. L'accroissement ne peut avoir lieu, car chacun a des droits distincts que ne limitent pas le concours. Le testateur a voulu pourvoir aux besoins de chaque légataire, mais sans aller au-delà. Or, ces besoins ne peuvent s'augmenter par la mort de l'un des affranchis. Le légataire survivant ne mangera pas double ration à cause de la mort de son colégataire. L'alluvion n'accroît pas au champ limité, de même rien ne peut s'ajouter à l'usufruit limité par un but de subsistance (1).

VI. — L., 2, pr., D. *Quibus mod. ususf, amitt.* VII, 4 : Lorsqu'on laisse un usufruit à deux légataires, pour qu'ils en jouissent alternativement de deux années l'une, il y a pluralité de legs : *cum ususfructus alternis annis legatur : non unum, sed plura legata sunt ; aliud est in servitute aquæ* (L. 13, *fr. Paul*, D., *de de usu et usuf. et hab.* XXXIII, 2). Mais chaque légataire jouit seul dans l'année pendant laquelle il exerce son droit d'usufruit. Il l'exerce pleinement, dans toute son étendue, sans être limité par le concours de son colégataire. Chaque libéralité correspond ainsi à un usufruit distinct : la division des époques de jouissance amène une séparation dans les legs. Aussi,

(1) « Ideoque portio unius deficiens, cæteris non accrescet, quibus affatim suppetit quo se exhibeant, et sicut in limitatis agris dicitur cessare jus alluvionis (L. in agris, 16, D., de adq. rer. dom.), quod quidem jus alluvionis comparatur juri accrescendi (in L. Si Titio, 33, in fin., D., de usuf. et quemad.) ita in usuf. limitato ad finem alimentorum jus accrescendi cessare recte exhoc responso inferam, ait Cujacius.» Thomas Papillon. Otto, t. IV, p. 777.

Voët. Comment, *Ad Pandect.*, h. t., § 3.

Pothier, *in lib.* VII, 2; t. IV, p. 152, n° 7.

il n'y a pas accroissement, et si un des usufruitiers fait défaut, sa part retourne au nu propriétaire, qui dès lors alternera avec le colégataire restant (1).

VII. — L. 74, D., *de Cond. et dem.*, XXXV, I, *fr. Pap.* :

Il s'agit d'un legs d'usufruit fait à deux légataires, sous une condition que la loi remet à l'un d'eux : *Mulieri et Titio ususfructus, si non nupserit mulier, relictus est.* Si un legs d'usufruit est fait à deux légataires, Primus et Secundus, sous une condition qui est réputée nulle seulement à l'égard de l'un d'eux, Primus, par exemple, celui-ci doit recevoir sa libéralité, comme s'il eût rempli la condition, mais rien de plus ; Secundus au contraire, qui reste soumis à l'effet de la condition, doit être considéré comme n'ayant jamais été gratifié, si la condition fait défaut.

D'où 1° : Secundus n'aura pas droit à son usufruit, si la condition ne se réalise pas et Primus ne pourra prendre qu'une portion virile, tant que Secundus ne subira pas la *capitis deminutio ;* et ainsi, Primus aura exactement ce qu'il aurait eu si la condition se fût réalisée, car alors, il y aurait eu partage. Et tel est en effet le vœu de la loi.

2° Mais, si Secundus meurt ou subit une *capitis minutio*, alors Primus recueillera la totalité de l'usufruit, parce que la loi lui donne les mêmes avantages que si la condition eût été remplie.

La loi 74 se réfère à cette hypothèse : *Mulieri et Titio ususfructus, si non nupserit mulier, relictus est : si mulier nupserit, quamdiu Titius et vivit et in eodem*

(1) Pothier, *in libro*, VII, 2, t. IV, p. 154, n° 8.

statu erit, partem ususfructus habebit ; tantum enim beneficio legis ex legato concessum esse mulieri intelligendum est, quantum haberet, si conditioni paruisset: nec, si Titius qui conditione defectus est, legatum repudiet, ea res mulieri proderit. — A Mævia et à Titius, un usufruit est légué, *si non nupserit mulier.* Cette condition est nulle d'après la loi Papia (1). La femme se remarie. Qu'arrivera-t-il ? d'abord au point de vue des droits actuels des gratifiés ; puis au point de vue des droits éventuels pouvant résulter de l'accroissement ?

1° Au point de vue des droits actuels. — Mævia prendra la moitié de l'usufruit ; parce qu'elle est censée avoir rempli la condition. Titius n'aura rien, parce que, d'un côté, la faveur est personnelle à la femme, et de l'autre, la condition du legs qui s'étend à Titius comme à Mævia est défaillie par le mariage de celle-ci. Voici sur quelles raisons s'appuie cette solution :

Si on admet que la condition est réputée non écrite à l'égard de Titius, il est inutile de dire qu'il y aura partage. Or, le jurisconsulte dit cependant que la femme aura une part, *partem habebit.*

Il est encore inutile de dire que Titius ne conservera son usufruit que *quamdiu vivit et in eodem statu erit.*

Les mots : *tantum enim beneficio legis* s'entendent de la femme et expliquent pourquoi celle-ci n'a qu'une part dans l'usufruit, tant que Titius vit et ne subit pas de *capitis minutio.* Ce qui le montre, c'est la particule *enim*, qui relie cette phrase à la précédente.

Une constitution de Gordien, de l'année 242, décide

(1) Heineccius. Comment *ad leg.* Jul. et Pap., liv. II, ch. XVI, § 2. Opera, t. III, p. 296. Edit. Genevæ M.DCCLXVII.

que dans un legs fait à un tiers sous cette condition : *si uxor nuptui se post mortem mariti non collocaverit*, si la femme se remarie, la condition est défaillie et le legs ne peut être réclamé en aucune façon (L. 1, C., *de indict. viduit.* L. VI, t. XL), c'est-à-dire que toute personne autre que la femme ne peut demander le legs en l'absence de la réalisation de la condition.

Enfin la loi 77, § 2, D., *de Cond. et dem.*, XXXV, 1, nous fournit un argument d'analogie, car dans cette loi, comme dans la loi 74 précitée, il famt décider si Titius est légataire, même lorsque la condition vient à défaillir : *Titio, si mulier non nupserit, heres centum dato : quam pecuniam eidem mulieri Titius restituere rogatus est.* Que mon héritier donne cent à Titius, si Mævia ne se marie pas, et que Titius les remette à celle-ci. Eh bien ! Mævia, alors même qu'elle ser emarie, pourra demander son fidéicommis, au jour du *diescedit* du legs : si le légataire n'est pas chargé de restituer les cent à Mævia, *remoto fideicommiso*, il ne pourra pas offrir la caution Mucienne : *exemplum Mucianæ cautionis non habebit.* Qu'est-ce à dire? Que Titius ne peut pas recueillir provisoirement le legs, à plus forte raison, ne pourra-t-il le recueillir définitivement. Pourquoi ? Parce que la condition ne lui est pas remise et doit être remplie.

2° Au point de vue relatif à l'accroissement. — Lorsque Titius viendra à décès ou subira la *capitis deminutio*, Mævia pourra-t-elle recueillir, *jure accrescendi*, la part de son colégataire? Oui, car la loi lui a fait remise de la condition, qui dès lors, est légalement accomplie. Elle doit donc être traitée comme si elle eût été accomplie réellement; or, dans ce dernier cas, Mævia aurait droit à l'accroissement.

Le texte est favorable à cette solution, car si on rejetait ici l'accroissement, la phrase : *quamdiu Titius et vivit et in eodem statu erit, partem ususfructus habebit,* serait un non-sens. On ne voit pas, en effet, l'influence de la mort ou du changement d'état de Titius, sur la part que Mævia possède *ab initio*.

D'autre part, l'idée d'accroissement est conforme aux principes, puisque nous sommes en présence de colégataires conjoints réellement.

Enfin, en admettant l'accroissement, le texte de Papinien, satisfait la raison : Mævia n'a qu'une moitié de l'usufruit tant que Titius vit ou ne change pas de personnalité juridique; l'autre moitié appartient, *interim*, au nu propriétaire. Mais advenant un de ces deux événements : la mort ou le changement d'état de Titius, l'accroissement se produit et augmente les droits de la légataire.

Il est vrai que l'accroissement ne se produit pas au profit de la femme en cas de répudiation de Titius; mais cette solution, spéciale au cas de renonciation, s'explique aisément : la loi a voulu donner à la femme seulement ce qu'elle aurait eu en observant la clause du testament, mais rien au delà. Or, si la renonciation de Titius eût été possible, la femme aurait pu être tentée de se la faire consentir et aurait ainsi augmenté ses droits. Bien mieux ! Titius ne pourrait pas renoncer, car *pendente conditione*, son droit n'est pas ouvert et *defectâ conditione*, le legs est inutile (Arg.[1], L. 174, § 1, R. J.) (1).

(1) Sur cette loi 74 (XXXV., 1) et en notre sens :
Antoine Favre : *De error. prag.*, D. 50, E. 10 (*De Error.*, t. I, p. 1056).
Van Wetter, p. 387 et s. — Krans, p. 203 et s.
Contra : Cujas, Comment., *in lib.* XXXII. Quæstion. Papin., t. IV,

VIII. — § 86, F. V. — L. 8, *de usuf. adc.*, VII, 2, *Ulp.*

Un usufruit a été légué à une femme et à ses enfants : *Si uxori cum liberis ususfructus legetur.* Ils prédécèdent, elle a tout l'usufruit, *amissis liberis ea usumfructum habet.* De même, si la mère meurt avant eux, ceux-ci recueillent le tout. *Sed et matre mortuâ, liberi ejus nihilominus usumfructum habent, jure adcrescendi.* Si les enfants sont institués héritiers au lieu d'être légataires, et si la mère est usufruitière : si les enfants prédécèdent, la mère aura la totalité, car ils n'ont jamais fait part avec elle : *sed si legatarii non fuerint, multo magis, quoniam partem ei non fecerunt, tametsi cum ea uterentur ;* si les enfants héritiers survivent, l'usufruit leur revient à titre de propriétaires : *si heredes, non jure adcrescendi, sed jure dominii, si fundus eorum est, ipsis adcrescit; sin minus, domino proprietatis.* Pomponius recherche ce qui adviendra, si l'on a institué à la fois héritiers les enfants et des étrangers : *Sed et Pomponius quærit; quid si mixti fuerint liberi, et extranei heredes?* Et il répond que les enfants doivent être considérés comme légataires : *Ait et filios pro legatariis habendos* (F. V. 88). A l'inverse, si le testateur a entendu que les enfants jouissent de l'usufruit avec leur mère, il faut la déclarer légataire et lui accorder le droit d'accroissement. *Et per contrarium, si voluerit eos liberos simul cum matre frui, debere dici, matrem legatariam esse intelligendam.*

Ces sortes de donations laissées par le défunt pré-

pars 2, page 737 (Mutinæ, 1777). — Duaren, *De jure acc.*, II, 20, t. IV, p 126. — Pothier, *ad Pandect., in lib.*, XXXV, tit. I, n° 35, t. XIII, p. 294, note 4, p. 296, notes 1-3.

sentent ainsi un caractère de réciprocité pour le bien commun de ceux qui sont unis par les mêmes liens d'affection (1).

IX. — (F. V. 87).

Un testateur institue ses deux enfants héritiers et il leur lègue un droit d'usufruit, ainsi qu'à leur mère. Tous concourent : l'usufruit se partage : la mère aura la 1/2 et les enfants 1/4 chacun. — La part de la mère devient vacante par son décès : l'accroissement se produira en faveur des enfants dans la mesure de la portion de son cohéritier, *matri vero non in totum concurrunt, sed alter pro alterius parte et in eo duntaxat jus adcrescendi erit.* — Après la mère, Primus, l'un des enfants institués perd son usufruit : Secundus qui reste n'a pas droit à l'accroissement, car il a atteint le plus haut degré de sa libéralité, correspondant à la part du legs qui grève l'héritier. C'est comme si chacun des enfants était tenu de payer le legs à l'autre : *non esse jus adcrescendi; atque, si alteri ab altero legetur, quoniam a semetipsis inutiliter legatum est, sibi non concurrunt.* Il n'y a pas de conjonction réelle. — Si Primus décède avant sa mère et avant Secundus, sa part accroîtra à sa mère seule, car la part défaillante était celle qui devait être payée par Secundus ; il est donc sans droit sur cette part : *mater tamen adversus utrumque jus adcrescendi habet.* — Enfin, si la mère perd sa part primitive augmentée de celle de Primus défaillant, Secundus prendra un quart, et la moitié qui reste rejoindra la nue propriété, car chaque enfant n'a droit, au maximum, qu'à la moitié

(1) Pothier, *in libro* VII, 2, t. IV, p. 130, n° 5.

de l'usufruit : *Matri vero non in totum concurrunt, sen alter pro alterius portione, et in eo duntaxat jus adcrescendi erit.* Le droit d'accroissement ne porte que sur la part de Primus, parce que c'est par rapport à cette part, que Primus et Secundus sont conjoints par l'objet (*re*).

Ce texte montre que le légataire par préciput ne peut jamais acquérir, *jure adcrescendi*, plus que la part qui incombe à ses cohéritiers, en comprenant dans le calcul la part qu'il aurait eue par le concours. Si les enfants sont à la fois héritiers et légataires, ils n'ont entre eux aucun droit d'accroissement, car la conjonction réelle fait défaut. *Proposuit autem Julianus vel do lego legatum usumfructum, vel per damnationem, et sic sensit, quasi legatarii sint et heredes soli, in do lego legato non esse jus adcrescendi ; atque, si alteri ab altero legetur, quoniam a semetipsis inutiliter legatum est sibi non concurrunt* (F. V. 87). C'est l'application du principe qu'on ne peut pas se léguer quelque chose à soi-même. Chacun n'a de droit que sur la part de l'autre (1).

En résumé, l'accroissement dans un legs d'usufruit ne se produit que s'il remplit les conditions de l'accroissement du legs de propriété. La principale est la conjonction réelle.

D'où l'accroissement a lieu :

Quand le legs est répété en faveur de l'un des légataires (L. 3, *pr.*, et § 1, D., *quibus mod. usus f. amitt.*, VII, 4).

Si l'usufruit est légué à plusieurs *conjunctim*. L. 1, *pr.*, § 1, *de usuf, adc.* VII., 2), ou *disjuntim* (L. 1, § 3, *eod.*);

(1) Van Wetter, p. 46 et 55. — Krans, p. 209.

Si le testateur lègue l'usufruit à un ou plusieurs et le fonds à d'autres sans aucune réserve (L. 3, § 2, *eod.* et L. 9, *eod*).

Si deux ou plusieurs légataires sont appelés à jouir de l'usufruit, alternativement, avec l'héritier, pendant un temps fixé, v. g. une année (L. 2, *pr.*, D. *quib. mod. ususf.*, VII, 4).

Il est exclu :

Entre légataires d'une quotité de l'usufruit (L. 1, *pr.*; L. 6, § 1; L. 11, VII, 2).

Entre héritiers à qui l'usufruit a été réservé dans le legs d'un fonds (*deducto usufructu*). L. 1, § 4; L. 2; L. 3, *pr.*, *eod.*

Entre ceux qui doivent jouir alternativement d'une chose pendant un temps déterminé (*alternis annis*), (L. 2 *pr.*, D., *quib. mod. ususf.*, VII, 4).

Entre ceux qui doivent demander l'exécution de leurs legs à des légataires différents (L. 11 et L. 12, VII, 2).

Si un legs d'usufruit est fait conditionnellement, et que la condition soit remise, *beneficio legis*, à l'un des gratifiés, l'accroissement sur la part de l'autre colégataire se produit seulement par la mort ou un changement d'état de celui-ci, et non du jour où la condition est défaillie. Le droit d'accroissement n'a pas lieu d'une façon absolue (L. 74, D., *de cond. et dem.*, XXXV, 1).

Parlons maintenant du droit d'accroissement dans le quasi-usufruit, sorte d'usufruit qui s'est introduit sous Auguste ou Tibère, et qui porte sur les choses de consommation (*De usufructu earum rerum quæ usu consumuntur vel minuuntur*, D., VII, 5). Cette rubrique du titre nous montre que l'expression quasi-usufruit n'est

pas romaine ; mais elle est commode et du reste exacte. Elle a été empruntée à la loi 2, § 1, *ib.*, où Gaius dit : *Sed, remedio introducto cœpit quasi ususfructus, haberi.*

SECTION IV

Du droit d'accroissement entre colégataires d'un quasi-usufruit

L'accroissement peut se produire dans le legs d'un quasi-usufruit. L'argument de texte que l'on peut invoquer en faveur de cette opinion se trouve dans la loi 6, § 1, D., *de usufruct. ear. rer.* (VII, 5). Dans le *principium*, Julien suppose un legs de dix mille sesterces fait à Primus, et un legs de quasi-usufruit, à Secundus de cette même somme. Ces dix mille sesterces appartiendront à Primus, qui devra en compter cinq à Secundus, parce que, comme le dit Pothier « celui à qui on a laissé un legs de dix mille pièces, en quoi est contenue la propriété de dix mille pièces, concourt avec lui pour l'usufruit et lui en enlève cinq par ce concours » (1). Mais Secundus devra fournir caution à Primus, qu'elles lui seront rendues au temps de la mort ou de la *capitis deminutio : Si tibi decem millia legata fuerint, mihi eorumdem decem millium ususfructus, fient quidem tua tota decem millia, sed mihi quisque numerari debebunt : ita ut tibi caveam, tempore mortis meæ aut capitis deminutionis restituiri.* Puis, dans le § 1, le jurisconsulte dit : Mais si l'usufruit de dix mille sesterces a été légué à

(1) Pothier, *ad Pand.*, VII, 2, t. IV, p. 195, n° 8, note 3.

deux personnes, chacune d'elles aura l'usufruit de cinq mille et fournira caution à l'héritier ainsi qu'à son colégataire: *Sed si duobus eorumdem decem millium ususfructus legatus fuerit, quina millia accipient, et invicem et heredi satisdabunt.*

Or cette caution n'a d'autre but que d'assurer l'acquittement de la somme au colégataire, quand l'un des deux mourra on changera d'état (1).

Pothier reconnaît que le droit d'accroissement est possible dans le quasi-usufruit où les choses se remplacent l'une par l'autre et sont censées les mêmes qu'à l'origine: *Non solum autem domino sed et confructuario qui jus adcrescendi habet, exhibenda est hæc cautio.*

Stéphane fait aussi allusion au droit de quasi-usufruit dans une scholie qui n'est pas complète. Voici d'abord le texte de la loi 6, § 1, d'après les Basiliques : « *Si tibi decem aurei legati fuerint vel fundus et mihi eorum ususfructus, præter proprietatem dimidia ususfructus tibi competit et dimidia mihi: et tibi non heredi caveo. Sed si decem aureorum ususfructus duobus legatus sit, et sibi invicem et heredi cavent, et singuli quidos accipiunt.* » Voici maintenant la scholie : « ... *propter ius accrescendi. Et si alteruter nostrum partem suam ususfructus amiserit et forte accreverit... eiusdem qualitatis recipiat : quod et dig. sequenti invenies* » (2).

(1) Krans, p. 259.

(2) Suppl. Basil., liv. XVI, tit. V, ch. VI, t. V, p. 109, et Schol, 4, p. 110.

SECTION V

De l'accroissement dans un legs d'usage ou d'habitation

Lorsqu'un legs d'usage ou d'habitation est fait à plusieurs légataires, *conjunctim sive disjunctim*, peut-il y avoir lieu à accroissement?

En principe, la défaillance d'un légataire appelé avec d'autres à l'usage d'une même chose profitera à ceux qui resteront. Mais il n'y aura pas là un véritable droit d'accroissement car l'usage est indivisible (L. 19, D., *de usu et hab.*, VII, 8, *fr. Paul.*), *uti pro parte non possumus*. Il n'y a pas accroissement proprement dit, car il n'y a pas de part vacante; il n'y a pas non plus non-décroissement, parce qu'un partage éventuel de la servitude n'est pas possible. Dès lors, les usagers ne peuvent pas répudier la part vacante, puisqu'une telle part n'existe pas et ne peut exister; d'un autre côté, ils ne seront pas grevés des charges personnelles au défaillant, puisqu'ils ne recueillent pas sa part et n'exercent que leur droit personnel sur une libéralité qui ne comporte pas la division.

Les servitudes personnelles sont indivisibles dans leur essence; mais, elles sont parfaitement divisibles quant à leur exercice, et c'est ce qui permet de dire qu'il y a une sorte de droit d'accroissement. Les textes en effet supposent le concours de deux légataires ou plutôt une quasi-division qui résultera de leur convention de partager l'exercice du droit (L. 14, § 2, D., *de usu et hab.*, VII, 8, *fr. Ulp.*; L. 10, § 1, D., *comm. divid.*, X, 3, *fr. Paul;* L. 34, *pr.*, *in fin.*, D., *de usuf. leg.*, XXXIII, 2, *fr. Scævol.*)

Lorsque le legs d'usage ou d'habitation présente le caractère de legs alimentaire, cette sorte de droit d'accroissement disparaît, en principe, car le donateur ayant donné à chacun une quotité déterminée mesurée sur ses besoins, le concours de l'un ne limite pas le droit des autres ; il n'y a pas solidarité, dès lors pas d'accroissement (L.57, §1, *de usuf. et quemad.*, VII, 1, *fr. Papin.*). Nous ajoutons en principe, car en cette matière, il faut s'inspirer de la volonté du testateur. Or, si les fruits sont insuffisants pour subvenir à la nourriture de tous les légataires lorsqu'ils sont présents, et si l'un d'eux disparaît, sa défaillance doit profiter aux autres, car le testateur a voulu donner à chacun ce qui lui était nécessaire pour vivre.

Sous les lois caducaires, de tels droits n'auraient pas donné lieu au *jus caduca vindicandi*, parce que ce sont des droits attachés à la personne, qui seraient dénaturés s'ils passaient à d'autres qu'aux titulaires.

Remarquons enfin que la règle : *portio personæ adcrescit*, ne peut s'appliquer ici en raison même du caractère indivisible de la servitude. L'usager qui perd son droit, le perd pour le tout et ne peut le recouvrer (L. 3, § 2, *quib. mod.*, VII, 4)(1) ; la défaillance de son colégataire ne peut donc lui profiter.

SECTION VI

Si l'accroissement existe dans les servitudes prédiales

La loi 11, D., *de servit.* (VIII, 1), qui est de Modestin, nous dit que les servitudes prédiales sont indivisibles :

(1) Van Wetter, p. 407.
Krans, p. 267.

Pro parte dominii servitutem adquiri non posse... Pro parte quoque neque legari, neque adimi via potest. Les lois 19, D., *de Servit. præd, rust.*, VIII, 3, *fr. Paul.*, et 5 *in fine*, D., *communia præd.*, VIII, 4, nous apprennent qu'un des copropriétaires ne peut stipuler seul une servitude (v. g. de passage) pour le fonds commun, c'est-à-dire qu'une servitude ne peut être acquise à ce fonds par un seul, mais qu'il faut la volonté de tous les intéressés: *per unum socium communi solo servitus adquiri non potest.*

Eh bien! ces solutions nous conduisent à repousser le droit d'accroissement. En effet, si tous recueillent, la question d'accroissement ne se pose pas, et si l'un d'eux fait défaut par répudiation du legs, la libéralité tombe à l'égard de tous (1).

A l'époque des *leges novæ*, le *jus caduca vindicandi* ne s'appliquait pas aux servitudes prédiales, et l'incapacité bénéficiait à l'héritier, car une telle servitude était inutile à tout autre qu'au propriétaire du fonds dominant. Mais si le legs a été fait à deux légataires dont l'un est incapable, *lege Juliâ*, la servitude sera maintenue au profit de l'autre légataire, car elle est indivisible.

SECTION VII

Si l'accroissement peut se produire en dehors des dispositions de dernière volonté ? (2)

L'accroissement ne peut se produire ailleurs que dans une disposition de dernière volonté, qu'il s'agisse d'un

(1) Van Wetter, p. 409.
Krans, p. 201.
(2) Van Wetter, p. 409.

droit réel ou d'un droit de créance, d'un droit de propriété ou d'un droit d'usufruit.

Il ne peut avoir lieu dans un contrat, parce que, dès l'origine, chacun est saisi de son droit. Il n'y a point de part vacante pouvant accroître. Chacun est restreint d'une façon irrévocable à une quotité déterminée et la défaillance d'un acheteur, d'un donataire entre-vifs, d'un stipulant, n'influe en rien sur le sort du droit des autres. La vocation à la totalité de la chose n'existe pas dans les dispositions entre-vifs. Dans une vente, par exemple, faite à plusieurs, dès qu'il y a concours de volontés sur la chose et sur le prix, le contrat est parfait entre les parties et confère à chacun des acquéreurs des droits distincts ; dès lors, si la vente est résolue à l'égard de Primus, le fonds entier ne sera pas censé vendu à Secundus, parce que telle n'a pas été la volonté des parties : le vendeur n'a voulu vendre qu'un droit partiel à chacun, et chaque acquéreur n'a entendu payer qu'en proportion de la part qu'il acquérait. De même, s'il s'agit d'une donation entre-vifs faite conjointement à Primus et à Secundus, la renonciation de Primus ne profitera pas à Secundus, car le donateur n'a voulu gratifier Secundus que d'une part déterminée.

Dans les legs au contraire, ce n'est pas l'acte testamentaire pouvant être modifié jusqu'au décès, mais le concours seul qui fixe les droits des gratifiés. Ces droits varient avec le nombre des légataires qui se présentent au *dies cedit*. C'est le nombre qui sert à déterminer les droits de chacun : moins il y aura de légataires à ce moment, alors qu'auparavant ils pouvaient être très nombreux, plus les parts seront fortes, c'est-à-dire qu'il y aura accroissement.

En faveur de cette opinion, on peut argumenter *a contrario*, du § 14 L. *un.*, C., *de Cad. toll.*, VI, 51, qui, énumérant les dispositions qui comportent le droit d'accroissement, ne mentionne pas, les actes entre-vifs, les contrats : *Hæc autem omnia locum habere censemus, tam in testamentis, sive in scriptis, sive sine scriptis habitis, quam in codicillis, et omni ultimo elogio, vel si quid ab intestato fuerit derelictum, nec non in mortis causâ donationibus.*

La loi 3, §1, D., *de Usuf. adc.*, VII, 2, exclut l'accroissement entre vendeurs, qui se sont réservé l'usufruit : *si duo fundi domini, deducto usufructu, proprietatem tradiderint, uter eorum amiserit usumfructum, ad proprietatem redire*, parce qu'il n'y a pas solidarité de vocation ni partage à raison du concours.

Enfin Gaius (L. 15, D., *de duob. reis.*, 45, 2) nous dit qu'un usufruit ne peut être stipulé *in solidum* par deux personnes. Chacun ne peut acquérir qu'un droit partiel, sans avoir jamais droit à la totalité : *Si id quod ego et Titius stipulamur, in singulis personis proprium intelligatur : non poterimus duo rei stipulandi constitui ; veluti cum usumfructum aut dotis domine dari stipulemur.*

Ajoutons cette considération que les Romains ont toujours professé un grand respect pour les volontés dernières d'un citoyen. *In testamentis plenius voluntates testantium interpretantur* (L. 12. D., R. J., L, 17).

Il nous reste maintenant à parler du droit d'accroissement dans les fidéicommis et les donations à cause de mort.

APPENDICE

DE L'ACCROISSEMENT DANS LES FIDÉICOMMIS ET DANS LES DONATIONS A CAUSE DE MORT

SECTION I

De l'accroissement dans les fidéicommis

A. — Dans le droit classique. — En principe le droit d'accroissement n'était pas admis entre fidéicommissaires. En effet, le § 85, F. V. dit : *In fideicommisso autem id sequimur, quod in damnatione.* Or, dans un legs *per damnationem*, le droit d'accroissement est écarté ainsi que nous avons essayé de le montrer. Les fidéicommissaires sont créanciers du fiduciaire et leurs créances se divisent de plein droit, *ipso jure* et *pro ratâ parte.* S'ils sont conjoints *re et verbis* (*conjuncti*), le partage s'effectue de plein droit, chacun n'a droit qu'à une part déterminée et distincte : s'ils sont conjoints *re tantum* (*disjuncti*), l'un prend la chose et l'autre a droit à l'estimation : *Si res mihi per fideicommissum relicta, eadem tibi legata, vel per fideicommissum relicta sit, non communicandi animo, sed utrique in solidum : ambigendum non est, si alteri sit soluta, alterum nullum quidem jus in ipsam rem habere, sed actionem de pretio*

integram eum habere (L. 20, *de leg.* 3°, XXXII, *fr. Ulp.*) (1).

Cependant en cas de fidéicommis à titre universel, fait *disjunctim*, les principes du legs *per damnationem* doivent cesser de s'appliquer. « Si on les appliquait, il faudrait, en effet, décider que l'héritier doit donner au premier fidéicommissaire qui se présente, l'hérédité ou la quote-part qui lui a été laissée par le testateur, et aux autres une valeur égale à cette hérédité, ou à cette quote-part, ce qu'il est impossible d'admettre. Il faut évidemment décider que les fidéicommissaires à titre universel *disjuncti*, n'ont droit à eux tous, qu'à une fois l'hérédité (2). »

Ainsi les parts vacantes doivent profiter à l'héritier, à moins que le testateur ait manifesté une volonté contraire.

B et C. — Nous renvoyons à la section suivante, ce qui concerne l'époque des lois caducaires et le droit de Justinien.

SECTION II

Du droit d'accroissement dans les donations *mortis causâ*

Dans l'ancien droit, il n'y a pas de texte qui admette l'accroissement dans la donation *mortis causâ* (3).

Les lois *Juliæ* furent étendues aux donations *mortis causâ* et aux fidéicommis (4). A l'origine, elles ne

(1) Pothier, *ad Pand.*, XXX, XXXI, XXXII, nos 415, 416, 417. Machelard, p. 35.
(2) Glasson, p. 111.
(3) Glasson, p. 109.
(4) Van Wetter, p. 258. — Machelard, p. 247.

concernaient que les institutions d'héritier et les legs. Dès lors, les incapables pouvaient recevoir indirectement ce dont les lois caducaires les privaient. De là, deux s.-c. déjà signalés, pour empêcher ces fraudes. L'un se réfère aux donations *m. c.* (L. 35, pr., D., *de m. c. don.*, XXXIX, 6); l'autre, le s.-c. Pégasien (70 ap. J. C.) est relatif aux fidéicommis (G. II, 286). Mais les Latins-Juniens furent exceptés des termes de ce s.-c., car la tendance était de les assimiler aux citoyens ; en outre on ne pouvait invoquer contre eux, la raison politique exigeant la sévérité contre les *cælibes* et les *orbi* (G. II, 275 ; U. R. XXV, 7). De même les *peregrini* purent recueillir un fidéicommis, jusqu'au s.-c. d'Adrien (G. II, 285). Les fidéicommis étaient aussi un moyen de tourner la loi Voconia qui finit par tomber en désuétude (G. II, 274).

Comment se fait-il que l'on n'ait pas réprimé plutôt ces fraudes? C'est que, même après Auguste, qui avait sanctionné les fidéicommis, les magistrats ne pouvaient accorder en fait, le secours de leur intervention, lorsque des dispositions de dernière volonté étaient contraires, à l'intérêt public et en opposition avec les lois caducaires qui se proposaient le salut de l'État. Dès lors, les fidéicommissaires n'avaient d'autre garantie que la délicatesse et l'honneur des fiduciaires.

Les fidéicommis et les donations à cause de mort laissés *ab intestat* au profit d'incapables selon la loi Julia, furent valables même après le s.-c. Pégasien, car la condition essentielle du *jus caduca vindicandi*, à savoir le testament, faisait défaut. (U. R. XVII, 1). Les fiduciaires qui sont les héritiers *ab intestat*, peuvent exécu-

ter les fidéicommis, mais le préteur ne donnera pas d'action; de plus, s'il y a fidéicommis tacite, les fiduciaires subiront les déchéances attachées à l'indignité (L. 18, § 1, *de his quæ ut.*, D., XXXIV, 9 ; — L. 43, D. *de jure fisci*, XLIX-14).

Les conditions du fidéicommis tacite peuvent se ramener à trois principales : une prière secrète de la part du testateur (L. 3, *pr.* et § 1, *de jure fisci*, XLIX, 14) ; une promesse de la part du fiduciaire, pouvant se prouver par tous les moyens, mais le plus souvent, en fait, par un *chirographum* (L. 3, § 3, *eod.*) ; une fraude à la loi (L. 103, D., *de leg.* 1°, XXX), ce qui suppose le fidéicommissaire incapable et au moment du testament (L. 10, § 1, D., *de his quæ ut.*, XXXIV, 9), et au moment de la mort du disposant (L. 3, § 2, *de jure fisci*, D., XLIX, 14). Il ne suffit donc pas que la fraude soit tentée, il faut encore qu'elle soit réalisée en fait : *et placuit exitum esse spectandum*, dit Callistrate, dans ce dernier texte. L'indigne perdait son droit à la quarte et à la *caducorum vindicatio* (U. R. XXV, 17), et l'objet du fidéicommis dû à la libéralité du disposant était dévolu au fisc (LL. 43 et 49, D., *de jure fisci*. XLIX, 14) (1).

Gaius (II, 207 et 286) nous indique l'ordre suivant lequel les fidéicommis étaient déférés : « *eaque translata sunt ad eos qui testamento liberos habent, aut, si nullos liberos habebunt, ad populum, sicuti juris est in legatis et in hereditatibus.* » Si le fidéicommis portait sur une part héréditaire, les institués *patres* étaient appelés en première ligne ; puis venaient les *legatarii patres*, enfin le fisc. — Si le fidéicommis portait sur les objets parti-

(1) Pothier, au titre *de leg.*, XXX, XXXI, XXXII, n°s 392 à 398.

culiers, on suivait l'ordre de dévolution d'un legs caduc. Il en était ainsi si le fidéicommis était imposé aux héritiers ; mais, s'il était imposé à un légataire ou un fidéicommissaire, le grevé était préféré, par respect pour la volonté du défunt (L. 60, D., *de leg.* 2°-XXXI), *quia in fideicommissis potiorem causam habere eum, cujus fides electa sit, senatus voluit*, dit Ulpien, en approuvant la décision de Julien.

Relativement aux donations *mortis causâ*, la règle à suivre dans l'attribution, est formulée par Paul (L. 35, *pr.*, *de m. c. don.*, XXXIX, 6). Les donations caduques doivent être traitées comme les legs caducs : *Senatus censuit, placere mortis causâ donationes factas in eos, quos lex prohibet capere, in eâdem causâ haberi, in quâ essent, quibus capere per legem non liceret*, L'ordre sera donc celui-ci : *patres* institués, *legatarii patres*, *ærarium*.

Lorsque la donation *mortis causâ* est faite *ab intestat* (1) à des personnes destituées du *jus capiendi*, ou lorsqu'un fidéicommis est laissé *ab intestat* (2), à des personnes également incapables, la dévolution des libéralités caduques doit-elle avoir lieu conformément aux principes de la *caducorum vindicatio ?*

Il faut faire abstraction des principes du *jus caduca vindicandi*, car ce droit suppose une succession testamentaire (U. R. XVII, 1). Quand une personne meurt *ab intestat*, la succession se partage sur le pied de l'égalité, que les héritiers soient *patres* ou non. Si on appliquait la *caducorum vindicatio* au cas que nous prévoyons, le fisc arriverait en première ligne, alors qu'il peut y avoir des héritiers légitimes *patres*. Ce serait les dépouiller

(1) G. II, 270.
(2) Inst. § 10, *de fidei. hered.*

injustement, puisque l'absence du testament équivaut à une institution en leur faveur (L. 8, § 2, *de jure cod.*, XXIX, 7, *fr. Paul*) (1).

Sous Justinien, la donation *mortis causâ* a été assimilée au legs. Dès lors, le droit d'accroissement peut exister, que les codonataires soient *conjuncti sive disjuncti*, § 1, Inst., *de donat.*, II, 7 : *A nobis constitutum est ut per omnia fere legatis connumeretur*; et § 14, L. *un.*, C., *de Cad. toll.*, VI, 51 : *Hæc autem omnia locum habere censemus... necnon in mortis causâ donationibus.* La donation *mortis causâ* produit les effets d'un legs. Or, l'accroissement est un des effets du legs, *ad effectum pertinet jus accrescendi.*

Le droit d'accroissement dans les donations *mortis causâ* se justifie par cette considération que le défunt préfère les donataires à ses héritiers.

Quant aux fidéicommis, Justinien les a également assimilés aux legs, de sorte que l'accroissement a lieu dans les fidéicommis comme dans les legs (§ 35, Inst., *de leg.*, II, 20; et L. *un.*, §§ 11 et 14, C., *de Cad. toll.*, VI, 51).

(1) Machelard, p. 251 et 258.

DROIT FRANÇAIS

ANCIEN DROIT

Le droit de Justinien qui diffère sur certains points du droit de l'époque classique, passa dans la législation de l'ancienne France, tout en subissant quelques altérations.

Depuis la Glose jusqu'à Alciat (1), c'est-à-dire dans la période barbare qui précède la période classique commençant avec le seizième siècle, la confusion était grande en matière d'accroissement : on ne distinguait pas même le droit d'accroissement entre colégataires d'avec celui entre cohéritiers. Les controverses que l'on ne pouvait concilier sans le secours de l'histoire étaient interminables (2).

(1) La Renaissance des études et de l'enseignement sur les textes de Justinien a lieu à la fin du XI[e] siècle. C'est l'époque de l'école de Bologne (Glossateurs) dont Irnérius est le chef. — André Alciat, né à Milan en 1492, mort en 1550, chef de l'école des Humanistes, comme le dit Pasquier Et. *Recherches de la France*, 1561.

(2) Holtius, *Thémis*, t. X, p. 322.

Furgole qui a consacré de longs développements à la matière intéressante qui nous occupe, écrit en se référant à la loi *Un.*, C., *de cad toll.* (VI, 51) :

« En sorte qu'il faut prendre pour règle unique cette nouvelle loi pour tous les cas qu'elle décide et pour les principes qu'elle renferme; et que l'on ne peut avoir recours aux lois antérieures, que pour les cas qu'on ne peut décider avec les principes établis dans la loi nouvelle (1). »

Le législateur de l'année 534 avait distingué entre le *jus accrescendi* proprement dit et le *jus non decrescendi*, accordant le premier, qu'il fondait sur une sorte de substitution tacite aux légataires conjoints *re et verbis* (*conjuncti*), facultativement, mais avec charges : *pars accrescit volenti, sed cum onere*); et le second, qu'il basait sur une vocation solidaire aux conjoints *re tantum* (*disjuncti*) forcément, mais sans charges : *pars accressit invito sed sine onere*).

Comment nos anciens jurisconsultes appliquèrent-ils les principes du droit romain? C'est ce que nous allons examiner, en étudiant, dans un premier chapitre, les conditions du droit d'accroissement ; dans un deuxième chapitre les effets du droit d'accroissement ; dans un troisième chapitre, d'une façon sommaire, le droit d'accroissement en dehors des dispositions testamentaires ; dans un dernier chapitre, les règles du droit d'accroissement dans les legs d'usufruit.

(1) Furgole, *Des Testam.*, ch. IX, n° 1 (T. III, p. 307).

CHAPITRE I

CONDITIONS DU DROIT D'ACCROISSEMENT

---

§ 1. — *Quel est le fondement du droit d'accroissement entre colégataires dans l'ancien droit français ?*

Il consiste d'une part, dans la vocation solidaire manifestée par la forme de la disposition faite *in solidum* au profit de chacun des gratifiés, solution empruntée à l'ancien droit romain ; d'autre part, dans la volonté présumée du testateur, solution venue du droit de Justinien.

Consultons à cet égard Domat, Ricard, Furgole et Pothier.

Dans le préambule de la section relative au droit d'accroissement, l'auteur des *Lois civiles* fait observer « qu'on aurait pu se passer de l'accroissement hors les successions légitimes et les cas où les testateurs l'auraient ordonné (1) ». Il considère que le droit d'accroissement dans les successions légitimes est de droit naturel, mais qu'il est de droit positif dans les successions testamentaires ; que dans le premier cas, le droit d'accroissement ne donne lieu à aucune difficulté, mais que dans le second, il est la source d'embarras multiples tenant à l'ar-

(1) Domat, *Lois civ.*, part. 2, liv. III, tit. I, section IX, préamb., p. 599 (T. II, Ed. Rémy).

bitraire du législateur et à l'obscurité de la volonté du testateur. Il déclare ensuite que « le droit d'accroissement dans les dispositions des testateurs dépend de deux principes arbitraires et sujets à de différentes interprétations. L'une est la volonté des testateurs, dont les dispositions peuvent, ou donner lieu au droit d'accroissement, ou faire qu'il n'y en ait point. Et l'autre est la jurisprudence des diverses règles que le droit romain a établies sur cette matière (1) ». Plus loin, il ajoute que « le droit d'accroissement dans les dispositions testamentaires dépend de la manière dont le testateur a expliqué son intention entre plusieurs héritiers, plusieurs légataires ou plusieurs substitués, et de la liaison que fait entre eux son expression : car c'est selon qu'ils se trouvent joints à un même droit, ou que leurs portions sont distinctes, qu'ils ont le droit d'accroissement, ou qu'ils ne l'ont point (2) ». Enfin, il dit au dernier numéro de la section : « Entre légataires, le droit d'accroissement est aussi un effet de ce qu'ils sont conjoints par la chose (3) ».

L'auteur du *Traité des Donations* qui fut d'une grande utilité à d'Aguesseau, quand il rédigea ses *Ordonnances* sur ces difficiles matières, affirme de son côté, reproduisant ainsi la définition de la loi 3, D., *De usuf acc.* (VII, 2), « qu'il y a lieu au droit d'accroissement toutes les fois et quantes, que deux ont eu solidairement une chose qui se divise par leur concours (4) ».

Furgole, avocat au Parlement de Toulouse et qui fut associé par d'Aguesseau à la rédaction des grandes *Or-*

(1) Domat, *Eod.*, préamb., p. 599.
(2) Domat, *Eod*, n° 4, p. 605.
(3) Domat, *Eod.*, n° 15, p. 610.
(4) Ricard, *Don.*, 3e part., ch. IV, n° 444.

donnances sur les donations, testaments et substitutions, indique clairement dans son ouvrage le plus estimé, et que l'on peut consulter avec utilité, comme la plupart des écrits de nos anciens jurisconsultes, quelle est la base du droit d'accroissement dans les legs. Il expose d'abord que les auteurs ne sont pas d'accord sur la base qu'il convient d'assigner au droit d'accroissement dans les legs et les fidéicommis à titre particulier. La plupart des auteurs, dit-il, le fondent partie sur la loi, partie sur la volonté tacite et présumée du testateur, notamment ceux qui donnent effet à la conjonction *verbis*. Puis il ajoute : « Cependant il paraîtra certain à quiconque voudra considérer les règles du droit romain, que le droit d'accroissement à raison de la conjonction, n'a d'autre fondement que la disposition du testateur, qui ne forme pas une volonté tacite, mais une volonté expresse résultant de ce que le testateur laissant à chacun des légataires la chose en entier, il les appelle tous à la totalité *ab initio*, pour être divisée par le concours seulement... Le droit d'accroissement à raison de la conjonction n'a d'autre fondement que la disposition expresse du testateur qui destine la totalité à chacun des légataires : si bien que quand la disposition ne peut pas être exécutée comme le testateur le prescrit, le droit d'accroissement cesse, parce que son fondement manque (1) ».

Enfin le jurisconsulte le plus renommé qu'ait eu la France au cours du XVIII[e] siècle, s'exprime en ces termes très nets : « Il n'y a lieu au droit d'accroissement qu'entre ceux qui sont légataires de la même chose, ou de la même somme, chacun pour le total (2) ».

(1) Furgole, *Testam.*, ch. IX, n° 136.

(2) Pothier, *Don. et Test.*, ch. IV, sect. V, § 4, p 325, t. VIII, édit. Bugnet.

Ainsi, ces remarquables auteurs assignent pour base au droit d'accroissement la vocation solidaire, la solidarité, la *solidité*, comme dit Ricard (1). Mais ils reconnaissent également, le droit à l'accroissement, alors même qu'il n'y aurait pas conjonction objective, si telle paraît être l'intention du testateur. C'est ainsi que Pothier notamment refuse le droit d'accroissement aux *conjuncti verbis tantum* « à moins qu'ils ne prouvassent, par quelques circonstances, que le testateur a voulu le leur accorder (2) ».

§ 2. — *Des diverses conjonctions et de la distinction du* jus accrescendi *et du* jus non decrescendi

Nous retrouvons dans notre ancien droit la division tripartite de la loi 142, V. S. (L, 16), c'est-à-dire les conjonctions *re et verbis* (*conjunctim*), *re tantum* (*disjunctim*), *verbis tantum*.

La conjonction objective (*re tantum*) donne lieu au droit d'accroissement ou plutôt au droit de non-décroissement, parce que chacun a un titre distinct et est appelé à la chose entière : il y a vocation solidaire expressément formulée (3).

La conjonction mixte (*re et verbis*) est reconnue également, car elle contient au fond un appel *in solidum* au profit de chacun des gratifiés. Mais cette solidarité n'apparaît pas ici dans les termes de la formule. On ne

(1) Ricard, n° 445.
(2) Pothier, *Don. Test.*, n° 350, p. 324.
(3) Furgole, n° 86 ; — Ricard, n° 446 et s. ; — Poth. n°s 355, 342, 347 et s. ; — Domat, n° 12.

peut pas dire ici, comme dans le cas précédent, qu'il y a non-décroissement plutôt qu'accroissement véritable. Cependant, si on consulte l'intention présumée du testateur, on est amené à conclure que, dans les deux cas, le disposant a établi une vocation solidaire. Et alors se présente une objection : pourquoi donner des dénominations différentes à des droits qui ont la même base ? Pourquoi appeler celui des premiers *jus non descrescendi* et celui des autres *jus accrescendi*, comme le faisaient par exemple Cujas et Ricard (1)? Le jurisconsulte de Toulouse répond avec subtilité, que pour les *conjuncti re tantum*, la solidarité est expresse, tandis que pour les *conjuncti re et verbis*, la solidarité est tacite : « Les uns sont dans la réalité légataires de la totalité, les autres ne le sont que par fiction », selon les expressions de Furgole qui repousse cette opinion, comme nous le verrons bientôt (2). Mais dès lors que la solidarité existe dans les deux cas, il semblerait logique que, dans les deux cas également, les règles de l'accroissement dussent être les mêmes, un même principe ne pouvant engendrer des conséquences différentes. Or, comme nous le dirons un peu plus loin, l'accroissement était gouverné par des principes opposés, suivant que l'on était en présence de *conjuncti re et verbis* ou de *conjuncti re tantum*. Aussi Furgole condamne-t-il cette distinction : « C'est tout à fait mal à propos, dit-il, que les auteurs ont établi deux différents droits sur cette matière, l'un qu'ils appellent droit d'accroissement, et qu'ils appliquent les uns à la conjonction purement verbale, et les autres à la conjonction

(1) Ricard, n° 447.
(2) Furgole, n° 96.

re et verbis; l'autre qu'ils appellent *jus non decrescendi*, que quelques auteurs appliquent à la conjonction réelle et que d'autres communiquent à la conjonction *re tantum* et à la conjonction *re et verbis;* car il n'y a aucun texte qui parle de ce qu'ils appellent *jus non decrescendi*, et il n'est fait mention que du droit d'accroissement. C'est donc une pure imagination de leur part qui n'est propre qu'à défigurer le droit (1). » Pothier la rejetait également: « Cette subtile distinction entre les différentes espèces de colégataires, par rapport au droit d'accroissement, n'est point selon que l'enseigne Ricard admise dans nos usages (2). »

Reste enfin une troisième sorte de conjonction. Il s'agit de la conjonction *verbis tantum*, c'est-à-dire de celle ou un même objet est légué à plusieurs par une même formule, mais avec assignation de parts.

Les uns lui reconnaissent une efficacité certaine: Doneau (3), Duaren (4), Vinnius (5), Heineccius (6), Perezius (7).

(1) Furgole, ch. IX, n° 135, p. 371.

(2) Pothier, n° 355, p. 329.

« La seconde (expression : *jus non decrescendi*) est meilleure et mieux construite, la première (*jus accrescendi*) est plus usitée. Mais toutes deux s'appliquent à un seul et même avantage dérivant d'un seul et même principe. Les Romains ont fixé le sens de ce qu'ils ont appelé *jus accrescendi.* Nous venons trop tard pour le changer. Le droit d'accroissement suppose que plusieurs légataires sont appelés chacun à la totalité d'une chose ou d'une unité collective. » Labbé, Note sous arr. Ch. R. 18 juin 1878, S. 79, 1, 193.

(3) Doneau. — « Quod superest, plus quam leve est, si quis movetur exemplis § 8, Inst., *De legat.*, ut putet, verbis tantum conjunctos, non esse conjunctos, nec inter eos esse jus accrescendi, quia in his, quibus quid legatur conjunctim, solum utetur Justinianus exemplo re et verbis conjunctorum. Quid enim notius et certius, quam exempla non restringere regulam ? (Argt. L. 9, § 5, *De jur. et fact. ignor.;* L. 1, § 25, *De vi et de vi armat.*). Et constat ex aliis locis, etiam hos

in numero conjunctorum itidem haberi (L. 142, V. S. et L. 89. *De leg.* 3°). Quare sunt vere conjuncti ii, quos tantum conjunctos dicimus ; si modo nihil aliud probetur de voluntate testatoris. » — Commentarii de jure civili. Edit. sexta. Norimbergæ. M DCCCXXII, t. IV, liv. VII, ch. XIII, § 24, p. 156.

(4) Duaren. — « De his qui verbis tantum conjuncti sunt dissensio est. Verum existimo, jus accrescendi inter hos quoque esse, quamvis ab initio partes habeant ex voluntate testatoris ; quia divisio in partes hujusmodi, quæ incertæ sunt, non facit quominus ad eandem rem vocentur. Et hæc sententia nostrâ auctoritate veterum haud dubie nititur... Justinianus in constitutione sua *de cad. toll.* aperte statuit, jus accrescendi esse inter eos, quibus aliquid conjunctim relinquitur : et ait conjunctos propter unitatem sermonis, quasi in unum corpus redactos esse. Ex quo intelligimus, eum loqui de ea etiam conjunctione quæ verborum tantum est. » — De jure acc. Liber prior, ch. x. Lucæ. MDCCLXVIII (T. IV, p. 104).

(5) Vinnius. — « Concludendum igitur est, etiam inter verbis conjunctos, jus accrescendi locum habere... Etenim qui sic legat : Titio et Seio fundum Tusculanum do, lego ex æquis partibus, is utique utrumque conjungit in eamdem rem dum simul et semel eumdem fundum ambobus legat. Nec mutat hanc conjunctionem partium æqualium expressio : nam etsi hoc partes non exprimuntur, tacite tamen significatur enumeratione personarum. L. *Cui fundus* 56. *De cond. et dem.* Quæ autem non expressa intelliguntur, tamen si exprimantur, pro supervacuis habentur. L. *Cornelius*, 69, *De hæred. inst.*, ut omnino verum sit quod Baro ait, non aliter differre verbis conjunctos a conjunctis re et verbis, quam quod in illis partes æque exprimuntur, in his non item : judicio autem defuncti pari jure censeri... Ex quo porro sequitur, si re et verbis conjuncti solidum ab initio ex voluntate testatoris habere intelliguntur, et solidum habere eodem modo intelligi singulos verbis conjunctorum. Argt. L. 80, *De leg.*, 3°. Quæ definitio quum generalis sit, dubitandum non est, eam ad verbis quoque conjunctos pertinere... Istis verbis (æquis partibus) demonstrare voluerit, quid in hunc eventum (concursum) singuli habituri essent. Concludendum igitur est etiam inter verbis conjunctos jus accrescendi locum habere ; quippe cui toties locus est, quoties res eadem duobus in solidum legata, sic ut partes concursu habeant, sive eas habeant ex voluntate testatoris expressâ, sive ex tacitâ. L. 4, *De usuf. acc...* Confirmatur hæc sententia primum aperte textu. L. 16, § *ult.*, *De leg.*, 1°. Ubi non solum qui re et verbis conjunctus est, sed etiam cui virilis portio data, id est, conjunctus verbis tantum ; argt. L. 141, V. S., non concurrente altero, totum vindicare dicitur. Deinde ex eo quod verbis conjunctus etiam potior dicitur esse in hoc jure quam is, qui re tantum conjunctus est. L. *re conjuncti* 89, D., *De leg.*, 3°. » — *Ad* § 8, liv. II, tit. XX, Inst., Notæ. t. I, p. 487.

(6) Heineccius. — « Si qui legatarii vel verbis tantum, vel mixtim conjuncti sunt : portio alterius deficientis accrescit collegatario... Ni-

Les autres lui refusent tout effet au point de vue de l'accroissement : Voet (1), Faber (2), Cujas (3), Ricard (4), Domat (5), Furgole (6), Pothier (7), Henrys (8).

mirum quemadmodum in hereditate valet, quia nemo pro parte intestatus decedere potest : ita in legatis, et fideicommissis, quia testator, dum legat, delibat hereditatem, adeoque, dum duos in eadem re conjunxit, maluisse videtur, ut res ad collegatarium perveniret quam in hereditate subsideret. Et inde est, quod locum tantum habeat inter conjunctos. — Conjuncti dicuntur qui ad eamdem rem vocati. Idque factum vel diversis propositionibus qui vocantur re conjuncti et ob figuram orationis disjuncti, vel in eadem propositione, sed divisis partibus, qui verbis conjuncti, v. g. Seio et Sempronio. do, lego, ædes, ex æquis partibus, vel in eâdem propositione, indivisim, qui re et verbis, seu mixtim conjuncti dicuntur, v. g. Titio et Mævio, ædes, do, lego. L. 89, D., *de leg.*, 3°, L. 142, V. S. — Intellectualibus puta et quæ mente duntaxat concipiuntur. Nam si vere ipsam rem inter collegatarios divisit testator, v. g. Titio lego fundum Cornelianum cis aquam : Sempronio ultra aquam : tunc ne conjuncti quidem sunt, adeoque et jus adcrescendi cessat. L. 1, *pr. de usuf. adcresc.* » *Ad. titul.*, 20, liv. II, *de Leg.*, Inst., § DCXXVIII, § DCXXVIIII, p. 169, t. V. Edit. Genevæ. MDCCLXVIII, et §§ 132 et 133, ad lib. 30, 31, 32, D., p. 56. Ed. Francfort, MDCCLXX.

(7) Perezius. — « Sed magna est dubitatio de iis qui verbis sunt conjuncti, et partes a testatore ab initio constitutas habent, an si unus deficiat, alter ad partem deficientem admittatur... cum testator Titio et Sempronio, fundum æquis partibus legat, est ratio dubitandi... Quare (Argt. L. 89, *de leg.* 3°) rectius dici arbitror, verbis conjunctos partes quidem habere ex verbis, solidum autem ex mente defuncti. » Prælect., *Ad Cod.*, liv. VI, t. LI, n° 12.

(1) Voet. — Alii jure meliore ac rationibus firmioribus negandum autumant. Tales namque verbis tantum conjuncti, proprie conjuncti non sunt, si consideres, conjunctim demum intelligi legatum, cum totum legatum singulis datum est, partes autem concursu fiunt. » — N° 61. Titulus unicus de legatis, 30, 31, 32, t. II, p. 349.

(2) Faber. — « Maxime est ut inter verbis tantum conjunctos nunquam juri adcrescendi locus sit. » — De erroribus. Error 3, Décade 50, t. I, p. 1033, n° 6. Junge : conjectur., liber VI, caput I, n° 11, p. 131.

(3) Cujas. — « At inter nudis verbis conjunctos non est jus accrescendi. » — Ad leg. Re conjuncti, 89, D., de leg. 3°, liv. XXIV. Observat et emendat. CIↃIↃCCLVIII, t. III, p. 661. Lettre B.

« Eorum qui verbis, non re conjuncti sunt, ratio hic nulla habetur, quia verborum conjunctio sola nullius momenti est. L. *Si ita quis*

heredes, 66, *De hered. inst.* Nisi illa conjunctio verborum nudâ ex voluntate testatoris accipiatur pro duplici, id est, pro conjunctione nominum et rei : ut si testator ita dixerit, Primo et Secundo illum fundum æquis partibus do, lego, non ut ipse faceret partes ab initio, sed ut demonstraret quas per concursum partes habituri forent : quo casu verbis tantum conjuncti pro utroque modo conjunctis habentur. » — Ad § *his ita definitis.* L. *un.* C., *de caduc. toll.*, VI-51, t. 9, p. 839, L. E. ; et aussi *ad leg.*, 16 *de leg.*, 1°, t. VII, pars 2, p. 975, A. B. sq. ; et *ad titul. de leg.*, 3° ; Loi 89, p. 1075, B., t. X, pars 2.

(4) Ricard. — « Il reste à examiner ce qui concerne les légataires qui sont conjoints par les paroles du testateur seulement. La constitution de Justinien et le § *si eadem res*, *Inst.*, *de legat.*, 2-20, qui expliquent tout le droit d'accroissement, n'en parlent en façon quelconque. Ce qui fait voir suffisamment que cette sorte de conjonction ne produit pas régulièrement et de soi le droit d'accroissement. Ce qui se collige encore de la loi : *Si ita quis*, 66, D., *de hered inst.*, et la L. 48, § *quibus*, D., *de leg.*, 1°. Je l'ai aussi vu juger de la sorte par un arrêt donné en l'audience de la Grand'Chambre, le jeudi, 11 juillet 1647... Cujas apporte à cette résolution une exception fort raisonnable, et veut que s'il se collige des termes dont s'est servi le testateur, que son intention, en assignant les parts des légataires qu'il a joints n'a pas été de disjoindre et séparer le legs, mais seulement de régler les parts que doivent avoir les légataires en cas qu'ils concourent en l'acceptation du legs, que cette espèce de legs ne laisse pas d'être susceptible du droit d'accroissement, ce que je crois fondé en droit... je trouve un texte plus précis pour autoriser cette décision qui est la loi *Re conjuncti* 89, D., *de leg.*, 3°, qui donne droit d'accroissement à un legs couché en ces termes : *Titio et Seio fundum æquis partibus do, lego.* » — *Donat.*, ch. IV, sect. III, n° 471 et 472.

(5) Domat. — « Si une même chose est léguée à deux ou plusieurs légataires, mais de la sorte que le testateur la divise entre eux, comme s'il la leur lègue par portions égales ou assigne à chacun la sienne, il n'y aura point entre eux de droit d'accroissement ; car leur titre les divise et donne à chacun son droit à son legs séparé de celui des autres, et restreint à sa portion. » — *Lois civ.*, liv. III, *Des Test.*, t. I, sect. IX, n° 13 (t. II, p. 609. Edit. Rémy).

(6) Furgole. — « Pour que la conjonction soit verbale, il faut que cette distinction ou assignation de parts se trouve dans la disposition, car il en serait autrement, si elle était dans l'exécution. » *Des Test.*, ch. IX, n° 15, et n° 111.

(7) Pothier. — *Donat. et Test.*, n°s 349 à 351. « A moins qu'ils ne prouvassent (les *conjuncti verbis tantum*), par quelques circonstances, que le testateur a voulu le (*le droit d'accroissement*) leur accorder. »

(8) Henrys. — « Il a aussi quelquefois lieu entre ceux qui ne sont conjoints que par les paroles, lorsqu'il paraît que la volonté du testateur a été que la chose appartienne entière à un seul des légataires,

Mais remarquons que presque tous les auteurs précités, prennent pour base de leurs solutions la volonté du testateur : *Si modo nihil aliud probetur de voluntate testatoris*, dit Doneau ; *judicioa utem defuncti pari jure censeri; ex mente defuncti; nisi illa conjunctio verborum nudâ ex voluntate testatoris;* disent Vinnius ; Perezius, Cujas ; s'il se colligue des termes dont s'est servi le testateur ; à moins qu'ils ne prouvassent par quelques circonstances que le testateur a voulu le leur accorder ; lorsqu'il paraît que la volonté du testateur a été que la chose appartienne entière à un seul des légataires ; disent Ricard, Pothier et Henrys.

L'opinion dominante, dans notre ancien droit, sur l'effet de la conjonction *verbis*, est précisément celle qui est admise aujourd'hui par des auteurs considérables et par un grand nombre d'arrêts. Elle consiste à distinguer, d'après les circonstances, si l'assignation de parts porte sur la disposition même ou seulement sur l'exécution, et à admettre le droit d'accroissement dans ce dernier cas.

L'argument principal de ceux qui admettent la conjonction *verbis* au point de vue du droit d'accroissement est tiré de la fameuse loi 89, *de leg.*, 3°. Furgole lui-même qui repousse la conjonction dont il s'agit, en reconnaît la force, et, pour la détruire, il soutient que la constitution de Justinien (L. *un.*, C, *de Cad. toll.*, VI,51), en abrogeant ce texte relatif seulement au *jus caduca vindicandi*, comme nous l'avons vu, a supprimé la con-

suivant le sentiment de Cujas sur la loi 16, § 1, *de leg.*, 1°, et celui de notre auteur sur la question précédente. Perezius, dans son commentaire sur ce titre, n° 13, soutient que le droit d'accroissement a lieu *inter verbis conjunctos* de la même manière que *inter conjunctos re et verbis*, surtout entre les héritiers. » — Liv. V, ch. IV. *Quest.* 58, n° 6, t. III, p. 255.

jonction *verbis* : « Il est clair qu'elle (*la constitution précitée*) l' (*la conjonction verbis*) a entièrement abrogée et qu'il ne reste plus que la conjonction *re et verbis* et la conjonction *re tantum* qui puissent produire le droit d'accroissement. C'est là le nœud de toutes les difficultés qui ont partagé les esprits de nos docteurs et qu'ils n'ont pas pu résoudre (1). »

Le droit d'accroissement étant fondé sur la volonté présumée du défunt, il s'ensuit qu'une volonté contraire peut être manifestée. C'est le sentiment de Furgole. Le testateur peut empêcher le droit d'accroissement qui dérive de la conjonction, il peut déroger à ses effets habituels et pourvoir autrement selon sa volonté : « C'est de quoi tous les auteurs demeurent d'accord. » Cette prohibition peut être formelle, en disant que les parts vacantes demeureront dans l'hérédité, ou tacite en faisant une substitution, car la substitution produit un droit plus fort que le droit d'accroissement, vu qu'elle s'oppose à la vacance de parts (2).

Nous avons dit que, lorsqu'il apparaissait des termes du testament ou des circonstances de la cause que l'assignation de parts avait pour but seulement de régler la répartition du legs, l'accroissement avait cependant lieu dans la conjonction *verbis*, entre légataires à titre particulier. Cette solution était admise également pour les légataires universels ou à titre universel (3), alors confondus.

(1) Furgole, *Des Testam.*, ch. IX, n° 18, t. III, p. 316.
(2) Furgole, n° 114, p. 361.
(3) Ricard, *Donat.*, n° 471.
Pothier, *Don. test.*, ch. VI, sect. V, § 4, n°s 347 et s.

Dans les pays de droit écrit, l'accroissement au profit des héritiers testamentaires avait lieu de quelque manière qu'ils fussent institués (1).

Dans les pays de coutume, l'institution d'héritier n'étant pas admise, l'accroissement ne pouvait se produire que dans les conditions où il était reconnu pour les legs particuliers, c'est-à-dire, qu'à moins d'une volonté contraire du testateur, révélée par les documents de la cause, le droit d'accroissement était écarté, si les légataires universels ou à titre universel, étaient unis seulement par la formule (2).

(1) Domat. — « Il résulte de toutes ces règles qu'on vient d'expliquer que le droit d'accroissement entre héritiers étant un effet de la règle qui veut que l'hérédité ne puisse être divisée partie à un héritier testamentaire, et partie à un héritier légitime, ce droit s'acquiert par la chose même, c'est-à-dire par l'hérédité. D'où il s'ensuit qu'elle doit passer entière à celui qui se trouve seul à succéder, soit qu'il fût lié aux autres par l'expression, ou qu'il fût appelé séparément, ou que même il fût restreint à une portion distincte ; car cette portion ne pouvant lui demeurer seule, lui attire celle des autres lorsqu'ils viennent à vaquer ; ainsi c'est toujours par la chose que les héritiers sont conjoints entre eux. » *Lois civ.*, liv. III, *des test.*, tit. I, sect. IX, n° 15, (p. 610, t. II, Edit. Rémy), *Adde* : Claude Joseph de Ferrière, V^is^. *Accroissement entre cohéritiers*, p. 31, t. I, *Dict. de droit et de pratique*, MDCCLV.

(2) Ricard. — « L'accroissement qui se fait au profit du légataire universel, ne peut être qu'au regard des legs particuliers ; car s'il y avait d'autres colégataires universels dans les mêmes biens, dont les portions vinssent à demeurer caduques, il ne pourrait pas en espérer le profit, si ce n'est en cas qu'il y eût entre eux une conjonction telle qu'elle fût capable de produire le droit d'accroissement, aux termes de ce que nous avons établi ; et autrement, comme ces légataires ne sont point subordonnés les uns aux autres et que le testateur a distingué par des portions intégrantes ce qu'ils pourraient chacun prétendre dans ses biens, la capacité ou l'incapacité, l'acceptation ou la renonciation des uns, ne regarde point les autres en façon quelconque.

« C'est aussi un des points qui fut jugé par arrêt du 11 juillet 1647, dans l'espèce duquel un oncle ayant donné à François et Charles Tamponnet, ses neveux, tous ses meubles, pour être partagés entre eux

§ 3. — *Les successeurs à titre particulier profitent-ils de l'accroissement? Par exemple, depuis la cession qu'un légataire a faite à quelqu'un de son legs, son colégataire renonce à sa part, cette part accroît-elle au cédant ou au cessionnaire?*

Une vive controverse existait sur ce point parmi les anciens juriconsultes. Pothier l'a examinée avec soin, et a résumé exactement ce qui a été dit à cet égard.

Barthole et Duaren admettent que l'accroissement doit profiter à l'acheteur. Voici leurs arguments :

1° Celui qui vend la chose, en vend les accessoires, les dépendances. Or, le droit d'accroissement fait partie du droit successif, il doit donc être compris dans la vente. — La renonciation ayant un effet rétroactif à la mort du défunt, il s'ensuit que le vendeur était saisi, au

comme frères, la Cour jugea que l'un de ces légataires étant décédé auparavant le testateur, le survivant ne pouvait prétendre que la moitié des meubles. ». — *Donat.*, n° 507, p. 545.

Furgole. — « Le droit d'accroissement n'a pas lieu dans les pays coutumiers à l'égard de la succession testamentaire, *necessitate aut potestate juris*, parce que l'institution n'y est pas reçue ; en sorte qu'un héritier qui serait institué en une portion ou en une chose particulière ne deviendrait pas un héritier universel, quoiqu'il n'y eût point de cohéritier ; mais il a lieu *necessitate juris* dans la succession légitime : en sorte que si l'un des cohéritiers *ab intestat* répudie, sa portion accroît aux autres cohéritiers et l'on y observe à cet égard les règles du droit romain. On y observe encore le droit d'accroissement qui dérive des conjonctions entre plusieurs légataires appelés pour recueillir *in solidum*, la même chose. On y borne donc le droit d'accroissement aux conjoints *re et verbis et re tantum*. Claude Joseph de Ferrière, sur le § 8, Inst., *de leg.*; et les legs qui sont faits à des personnes incapables accroissent non à la succession *ab intestat*, mais aux légataires universels. Auzanet, sur l'article 192, C. de Paris, p. 254, rapporte un arrêt du 29 mars 1640 qui l'a jugé ainsi ; le même arrêt est encore rapporté par Ricard. *Des Don.*, t. I, part. 3, n° 502. Voy. le même Ricard, n°s 505, 506, 507. » *Des Testam.*, ch. IX, n° 132, p. 370.

moment de la vente, de la part accrue. Elle était comprise dans le droit successif vendu.

2° Celui qui vend un droit successif est tenu de faire raison à l'acheteur de tout ce qui lui parvient par la suite en vertu du droit successif : *Non solum quod jam pervenit, sed et quod quandoque pervenerit, restituendum est* (L. 2, § 4, D., *de hered. vel act. vend.*, XVIII, 4). Or le droit d'accroissement découle du droit successif, l'acheteur peut donc demander au vendeur qu'il lui en fasse raison. Ce qui est d'autant plus juste, que l'acheteur doit indemniser le vendeur de tout ce que celui-ci a été obligé de payer par rapport à la succession et aussi par rapport à la part accrue : *Si venditor quoquo nomine obligatus sit propter hereditatem, nihilominus agere potest cum emptore* (L. 2, § 20, D., *de hered. vend.* XVIII, 4).

3° L'accroissement se fait à la part dans les legs de la propriété : *portio fundi* (*legati*) *velut alluvio portioni* (L. 33, § 1, D., *De usuf. et quemad.*, VII, 1). Or on admet sans difficulté que l'accroissement naturel qui résulte de l'alluvion profite à l'héritage vendu à l'acquéreur des droits successifs ; on doit admettre la même solution s'il s'agit de l'accroissement de la part du renonçant, puisque ces deux accroissements ont le même effet selon la loi romaine. — Duaren rapporte l'exemple d'un héritier qui a accepté une succession *jussu prætoris* aux risques d'un fidéicommissaire à qui il devait restituer la part acquise. La loi 43, D., *ad S.-C. Trebell*, XXXVI, 1, reconnaît que la part du renonçant accroît au fidéicommissaire. De même, l'héritier indigne reste héri-

(1) Pothier, *Vente*, VI, part., ch. III, art. 1, § 5, n° 545, p. 212, t. III.

tier, néanmoins c'est le fisc, à qui a été dévolue la succession, qui profite de la part répudiée. L. 83, D., *De adq. vel omitt. hered,* XXXI, 2 : *Si totam an partem, ex quâ quis heres institutus est, tacite rogatus sit restituere : apparet, nihil ei debere adcrescere* : *quia rem non videtur habere* (1).

Furgole tient aussi pour le cessionnaire (2).

Mais, le docte Cujas est d'avis contraire, pour les raisons suivantes :

Toute convention ne renferme que les choses que les parties ont eues en vue (L. 9, § 1. D. *de transact.* II, 15). Or, lorsqu'un héritier vend ses droits successifs avant que son cohéritier n'ait pris parti, il est vraisemblable que les contractants entendent traiter seulement de la portion qu'a le vendeur de son chef, car les parties ne peuvent deviner que le cohéritier renoncera à sa part : *iniquum est perimi pacto, id de quo cogitatum non docetur* (L. 9, § 3, *eod, tit.*).

Il est facile de répondre aux arguments de la première opinion :

Relativement au premier. — Le vendeur n'a voulu vendre que ce qu'il savait avoir et non pas la part ac-

(1) Barthole. — « Tunc indistincte transit jus accrescendi in successorem universalem et singularem : quia accrescit portioni, non personæ. » Ad leg. *Re conjunti, de leg.*,, 3°, n° 26, p. 66, in secundam Infortiati partem. Lugduni 1547, vol. 3, opera omnia.

Duaren. — « Sed quæstio est per obscura ac difficilis... Ego autem in hac quæstione, sententiam Juliani amplector : L. *Si Titio*, 33, D., *De usuf., et quemadm.*, 7, 1... portio deficiens emptori magis quam venditori, accrescit. » Ch. VI, lib. 2, p. 116, t. IV.

(2) Furgole. — « Parce que la loi compare le droit d'accroissement à l'alluvion, laquelle ne peut avoir lieu qu'en faveur du fonds et de celui qui le possède. » — Ch. IX, n° 94. — Cet auteur cite en ce même sens Paucy (*De jure acc.*, ch. IX), qui a traité la question d'une façon spéciale.

crue, laquelle, il est vrai, faisait, en droit, partie de son droit successif, par suite de l'effet rétroactif de la renonciation, mais, à son insu, au moment de la vente.

Quant au second. — La loi 2, § 4, précitée, portant : *quod quandoque parvenerit restituendum est*, s'entend *de eo quod ex eâ hæreditatis parte quæ venit;* de même la loi 2, § 20, déjà citée, portant: *si venditor quoquo nomine obligatus sit propter hereditatem*, s'entend *propter eam hæreditatis partem quæ venit.*

A l'égard du troisième. — C'est moins le droit même, que l'émolument résultant de ce droit, qui a été vendu, à la condition, par l'acquéreur, d'indemniser le vendeur de ses charges, car la qualité d'héritier ne peut être cédée. La part vendue est donc, en droit, demeurée la part de l'héritier, malgré la vente, et, c'est à l'héritier que l'accroissement doit se faire : *portio portioni accrescit.* — La comparaison tirée de la loi 33, § 1, *de Usuf.* VII, 1, n'est pas adéquate : l'accroissement provenant d'une alluvion est physique et ne peut se faire qu'à un corps réel ; l'accroissement dû à la renonciation d'un appelé est civil et moral, il se fait à un être juridique, tel qu'est la part du vendeur qui est censée lui rester malgré la cession.

L'objection tirée de la loi 43, *Ad s.-c. Trebell.*, XXXVI, 1, ne porte pas davantage, car si le fiduciaire est privé du bénéfice de l'accroissement, c'est seulement pour avoir méprisé l'honneur que lui a fait le défunt en l'instituant héritier; de sorte que si l'héritier avait accepté volontairement et restitué, *ex s.-c. Trebelliano*, la part qu'il devait rendre, l'accroissement lui profiterait.

Enfin, c'est par une raison particulière basée sur

l'indignité de l'héritier, que celui-ci n'a pas droit à l'accroissement (1).

Dans une troisième opinion, défendue notamment par Ricard, on décide qu'il faut, pour trancher la difficulté, se référer à l'intention des parties, consulter les termes de l'acte de cession, comparer le prix de l'objet vendu, avec sa valeur au moment de la vente, en un mot, tenir compte des circonstances (2).

§ 4. — *Lorsqu'un légataire ne recueille pas le legs qui lui a été fait, à cause de son indignité, y a-t-il lieu au droit d'accroissement ?*

Furgole admettait la négative. En effet, disait le savant jurisconsulte du XVIII^e^ siècle (1690-1761), la disposition n'est ni nulle, ni inutile dans le cas d'indignité. L'indigne fait part et nombre, parce qu'il est capable de recueillir, mais sa libéralité est déférée à ceux qui devaient en faire la délivrance : s'il s'agit d'une institution ou d'une substitution directe, la portion enlevée appar-

(1) Cujas. — « Non probo consentientiem fere vocem omnium, jus adcrescendi transire in emptorem hereditatis vel rei legatæ. Nam si jus adcrescendi non plus tribuit quam dari voluit testator, ne faciat contra voluntatem quod ducitur ex voluntate, nec sane alii hereditatem vel legatum tribuit, quam cui dari voluit, vel ei, qui proprius ad ejus personam accedit, id est, successori directo universi juris. Item vendita hereditate aut legato, id plerumque agitur, ut veneat quod ad venditorem pervenit venditionis tempore. L. 2, § 1, D., *De hered. vend.* Non igitur quod postea adcrevit, non quod accessit ex substitutione... At qui vendidit hereditatem aut legatum, possidere videtur... ergo rem non amisit, nec jus adcrescendi igitur. » *Observat. et Emend.*, liv. XII, ch. XIII, vol. 4, p. 313, D.

« ... Quia pretium successit in locum rei ». *Controv.*, liv. III, ch. XII, p. 293, A., t. X, pars 2.

(2) Ricard, *Don.*, pars 3, ch. IV, sect. IV, n° 513 et s., t. I, p. 546.

tient non pas aux héritiers *ab intestat*, mais aux autres cohéritiers en vertu de la maxime : *nemo partim testatus, partim intestatus decedere potest;* s'il s'agit d'un legs ou d'un fidéicommis, la portion enlevée restera dans l'hérédité, car les héritiers prendront la place de l'indigne qu'ils feront priver de sa part.

La renonciation même de l'indigne à sa portion ne pourrait donner lieu à l'accroissement, car elle devrait être considérée comme faite en fraude des droits de ceux qui prendront la part de l'indigne (1).

Domat soutenait l'affirmative. Car, disait l'auteur du grand ouvrage intitulé : *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, il importe peu que le legs soit révoqué par le testateur ou par le juge (2).

Pothier était de cette dernière opinion et plaçait la cause d'indignité sur le même rang que la cause d'incapacité, de prédécès ou de répudiation (3).

Pour résumer les développements qui précèdent, nous dirons avec Furgole que les conditions du droit d'accroissement peuvent se ramener aux suivantes : Legs en faveur de plusieurs personnes, de la même chose, dans le

(1) Furgole, ch. IX, n° 116.

(2) Domat, *Lois civ.*, liv. III, *des Test.*, tit. I, sect. IX, n° 1 (p. 604, Ed. Rémy) : « Lorsqu'il y a deux ou plusieurs héritiers d'une même succession, ou deux ou plusieurs légataires d'une même chose, et que quelqu'un des héritiers ou des légataires ne prend point de part à l'hérédité ou au legs, soit qu'il y renonce, ou qu'il s'en trouve incapable, ou qu'il en soit indigne... la portion qu'il devait avoir passe aux autres héritiers ou aux autres légataires, selon que la disposition du testateur doit avoir cet effet. »

(3) Pothier, *Donat. et test.*, ch. VI, sect. V, § 1, n° 333 : « Lorsque le légataire ne recueille pas le legs qui lui a été fait, soit par son prédécès, soit par son incapacité ou indignité, soit parce qu'il la répudie, ou par quelque cause que ce soit.., il y a lieu au droit d'accroissement. »

même testament ou dans des actes différents non incompatibles; acceptation du legs; délivrance par le même héritier; possession du legs *nam portio accrescit portioni;* défaillance d'un légataire (1).

Passons maintenant aux effets de l'accroissement, et voyons comment il s'opère.

(1) Furgole, *des Test.*, ch. IX, n° 4.

CHAPITRE II

EFFETS DU DROIT D'ACCROISSEMENT

---

§ 1. — *Comment s'opère l'accroissement ?*

D'une part, le principe de l'interprétation de la volonté du testateur, venu de la constitution de Justinien, exigeait que l'accroissement eût lieu *cum onere*. Il est à penser, en effet, que le testateur a voulu que les charges dont il a grevé l'appelé fussent acquittées par celui qui recueillerait le legs ou par celui qui prendrait la place de l'appelé ; d'autre part, le principe de la vocation *in solidum* conduisait à admettre l'accroissement forcé, mais sans charges, car le légataire accru recueille la chose de son chef, il est l'ayant cause du testateur et non du légataire dont la portion lui accroît.

Ce conflit de principes amena des solutions diverses de la part des auteurs.

En effet, Ricard enseigne que le droit d'accroissement doit toujours se produire avec les charges : « Et de fait, y a-t-il lieu de présumer que le testateur qui avait voulu que celui qui jouit du droit d'accroissement se contentât de la moitié, en cas que son cohéritier ou son colégataire concourût avec lui, ait eu l'intention dans le cas de l'accroissement, de le laisser jouir de la part de

l'autre sans les charges qu'il y avait imposées (1) ? » Puis, un peu plus loin, il décide que le *conjunctus re tantum* ne peut diviser le legs, ni par conséquent répudier la part vacante ; de sorte que, dans le système de cet auteur, l'accroissement doit, contrairement à l'opinion générale, avoir lieu *invito et cum onere* (2).

Domat s'exprime en ces termes, sur le point qui nous occupe : « Si un testateur lègue une même chose à deux ou plusieurs légataires, et si l'un d'eux ne peut ou ne veut recevoir la sienne, elle demeure à ceux qui ont pris ou prendront les leurs. » « Si un testateur avait légué une même chose à deux légataires par deux expressions différentes et séparément... et s'il y avait un des deux légataires qui ne pût ou ne voulût avoir part au legs, tout serait à l'autre... mais avec les charges qui devaient passer à ce légataire, selon que la disposition du testateur le demanderait (3). »

Furgole accepte la distinction de Justinien : *Disjunctis accrescit invitis et sine onere*, *conjunctis non nisi volentibus sed cum onere*, parce que, dit-il, le *conjunctus re tantum* est légataire de la totalité, si l'on considère la disposition du testament, et il reste tel, si une défaillance se produit. Mais, dans la conjonction *re et verbis*, le colégataire restant n'a la totalité que par fiction, et on ne peut le contraindre d'accepter la portion répudiée. Même solution pour les fidéicommis universels ou à titre particulier (4).

Pothier estime que « tout colégataire, soit qu'il soit

(1) Ricard, *Don.*, 3e part., ch. IV, sect. VII, n° 552.
(2) *Eod.*, n° 556.
(3) Domat, *Lois civ.*, liv. III, tit. I, sect. IX, *des Test.*, *et du dr. d'acc.*, n°s 11 et 12.
(4) Furgole, *des Test.*, ch. IX, n°s 86, 99, 100, 102.

conjoint *re et verbis*, soit qu'il soit conjoint *re tantum*, est tenu des charges imposées à ses colégataires dont les portions lui accroissent, s'il veut user du droit d'accroissement, ce qui est à son choix (1) ».

Cette décision est un peu trop générale, ainsi que le remarque son savant annotateur, car les charges imposées nominativement à un légataire ne doivent pas être supportées par le colégataire accru.

2. — *Qui doit profiter de la chose léguée, lorsque le légataire ne la recueille pas?*

Quand un légataire fait défaut, soit par son prédécès, son incapacité, sa répudiation, en un mot pour quelque cause que ce soit, le profit du legs va d'abord au substitué; à défaut, aux colégataires conjoints *re et verbis* ou *re tantum*, et sauf le droit de préférence des premiers; enfin, à ceux qui étaient grevés de la prestation du legs (2).

Les effets de l'accroissement sont les mêmes, qu'il s'agisse d'un droit réel ou d'un droit personnel; car, la distinction des legs de propriété et des legs de créance conduisait parfois à des solutions contraires à l'intention du disposant : « Nous sommes, dit Ricard, particulièrement redevables à Justinien pour avoir beaucoup retranché de cette *délicate subtilité* ou plutôt *chicanerie* de droit (3).

Le légataire universel bénificie-t-il de la défaillance des légataires à l'exclusion des héritiers?

(1) Pothier, *Don. et Test.*, n° 353, t. VIII, p. 329.
(2) Pothier, *Eod.*, n° 334.
(3) Ricard, *Don.*, n° 452.

Il n'y a pas de doute si le testateur a commencé d'abord par faire le legs universel, puis les legs particuliers : le légataire universel profite de l'extinction des legs particuliers qui ne sont qu'une délibation du legs universel. Mais si le testateur a fait d'abord des legs particuliers, puis a légué le surplus de ses biens au légataire universel, des auteurs pensent que la défaillance d'un legs particulier profitera à l'héritier, car il n'y a pas eu délibation au détriment du légataire universel; mais Pothier estime, avec raison, que le légataire universel doit être préféré à l'héritier, parce que ces expressions : « le surplus de mes biens » veulent dire, non pas, le surplus de ce qui est exprimé, mais, le surplus de ce qu'auront ceux à qui j'ai fait les legs particuliers ci-dessus, c'est-à-dire, les choses dont le testateur dispose d'abord. Cette manière de voir est conforme à l'intention probable du disposant. La place des legs particuliers importe peu : qu'ils précèdent ou qu'ils suivent l'institution du légataire universel, celui-ci a toujours vocation à la totalité de sa libéralité dont les legs particuliers sont une délibation qui doit lui profiter quand elle ne sort pas à effet (1).

En cas de concours de plusieurs légataires, le partage se fait par portions viriles ; s'il y a mélange des conjonctions, les *conjuncti re et verbis* ne prennent qu'une part à eux tous, et ils procèdent entre eux à la division de cette part (2).

(1) Ricard, *Don.*, n° 501 ; — Pothier, n° 334.
(2) Pothier, *Don.*, *test.*, n° 336 et 337.

CHAPITRE III

LE DROIT D'ACCROISSEMENT PEUT-IL AVOIR LIEU EN DEHORS DES DISPOSITIONS TESTAMENTAIRES

---

§ 1. — *Et d'abord le droit d'accroissement a-t-il lieu dans les contrats.*

En principe, le droit d'accroissement n'était pas admis dans les contrats. Cependant, Dumoulin a formulé une règle qui n'a peut-être pas été sans influence sur la rédaction des articles 1044 et 1045 civ. Il admettait le droit d'accroissement si la chose était indivisible, et il le rejetait dans le cas contraire : « *Quia in dividuis in contractibus non est locus juri accrescendi..., nec possunt auctores allegare jus accrescendi, cum obligatio sit dividua et ex contractu* (1).» — Mais Vinnius critiquait avec raison cette maxime : « *De jure accrescendi non recte disputatur, nisi actus in utriusque personâ ab initio consistat... At in contractibus persona conjuncti facit, ut actus, aut pro parte nullus sit, aut perinde sit ha-*

(1) Caroli Molin., *Extrica. labyr. dividui et individui*, pars 3, p. 278, n° 573, t. III (édit. MDCLXXXI, et n° 130, p. 305.

bendus, ac si omnino adjectus non esset totumque negotium ad alterum solum pertinet (1).

§ 2. — Quid *dans les donations entre-vifs ?*

Ricard admettait que le droit d'accroissement doit avoir lieu quand les donataires sont conjoints et que la part de l'un d'eux devient caduque, par l'incapacité de l'un des donataires ou l'inobservation des solennités; car le donateur doit être présumé, en employant la forme conjonctive, donner le tout à chacun. Mais en dehors de ces hypothèses, cet auteur refusait le droit d'accroissement, parce que le fondement du droit d'accroissement, qui n'est autre que le défaut de concours, ne peut exister dans les donations entre-vifs (2).

(1) Vinnius, nos 9 et 10, p. 709, t. II, édit. Lyon, MDCCLXXVII.

Duaren, *De jure acc.*, lib. I, ch. xv et xvi (t. IV, p. 107 et 108) : « Nec vero extat lex, quæ ad contractus proprie pertineat... Justinianus in constitutione suâ... de hereditatibus loquitur, legatis, et donationibus mortis causâ, nec ulterius progreditur. »

Perezius, *Ad codicem, de Cad. toll.*, no 9, t. I, p. 564 (Ed. Amstelodami) : « Non item in contractibus, qui judicantur secundum formam, qua sunt initi... ut pars nulla vacet, quæ alteri cedat : si tamen res divisionem non patiatur, uni tota cedet. »

Cujas, *Sur la loi 64 de contrat. empt fundus ille est mihi*, t. I, liv. XVIII, t. VII, p. 704, E. : « Jus accrescendi locum habet in hereditatibus, legatis et testamentis, non autem in contractibus. »

Despeisses, *Des contrats*, part. 2, tit. IV, *de la conjonct. des divers cont.*, t. I, p 704 (MDCCL, Lyon), nos 1 et 2.

(2) Ricard, no 476, 3e part., ch. iv, sect. IV (t. I, p. 540) : « Il n'y a que les donations entre-vifs qui ne sont pas susceptibles du droit d'accroissement, parce que les donataires faisant concours dès le moment auquel la donation commence à subsister, le fondement de ce droit n'étant autre que le défaut de ce concours, etc... il ne peut s'y rencontrer. »

No 477 : « Néanmoins si la donation n'avait pas d'effet à l'égard de l'un des donataires, à cause de l'incapacité qui était en sa personne

Selon Furgole, il faut tenir pour règle certaine que le droit d'accroissement n'a pas lieu dans les donations entre-vifs. Mais il faut cependant ajouter un tempérament à cette règle et examiner, d'après les termes du contrat, si la libéralité est faite à deux ou plusieurs personnes en même temps, qui sont admises en concours dès l'instant de la donation, ou bien si elle est faite *in solidum* à chacun des donataires qui ne viennent pas par concours lors de la donation. Exemples : *a*. Un fonds est donné à Titius et à Sempronius. Celui-ci accepte pour lui et son codonataire. Ici tous deux concourent par la volonté du donateur ; d'où, si Titius fait défaut, Sempronius n'a droit qu'à la moitié du fonds légué, car la donation est divisée de plein droit par le ministère de la loi et la volonté tacite du donateur. La solution est la même que dans le cas de stipulation (L. 110, *pr.*, V. O. XLV, 1); *b*. Le fonds Cornélien est donné *in solidum* à Primus ; puis par le même acte, *in solidum* à Secundus. Si Secundus n'accepte pas ou se trouve incapable, Primus prend le tout *jure non decrescendi*, comme si Primus

au jour que la donation a été faite, je ne vois pas d'empêchement, pour lequel le droit d'accroissement ne puisse avoir lieu en ce cas. Car de dire que les lois qui sont à ce sujet, ne parlent que des dispositions testamentaires et à cause de mort, cette objection n'est point pertinente... Ce n'est pas une grâce et un privilège introduit par la loi en faveur des légataires, et ce que nous trouvons dans le droit n'est fondé que sur la raison et sur l'interprétation des volontés des testateurs, lesquels ayant conjoint deux ou un plus grand nombre de personnes dans un même bienfait, comme tous les particuliers qui y sont appelés, ont la volonté solidaire du testateur, pour ce qui a été l'objet de sa libéralité, s'il y en a quelques-uns qui n'y viennent pas, les autres sont subrogés en leur place, en vertu de la présomption de la volonté du testateur : si bien que la même conjoncture se rencontrant dans la donation entre vifs, aussi bien que dans le legs, la raison veut que l'un et l'autre soient susceptibles d'une même résolution. »

avait stipulé que le tout lui reviendrait si Secundus n'acceptait pas (1).

§ 3. — Quid *dans les lods et ventes?*

Le droit d'accroissement était écarté dans les lods et ventes, parce que le droit d'accroissement n'avait pas lieu dans les contrats (2). D'où, si l'un des seigneurs ne voulait pas percevoir sa portion, elle n'accroissait pas à l'autre. Il y avait exception à ce principe, si le bail originaire et la concession primitive avaient été faits soli-

(1) Furgole, *Quest.* 1, n°3 et s., *sur l'Ordon.* de 1731, t. VI, p. 3 : « Nous ne doutons point, dit cet auteur au n° 20, qu'il ne faille tenir pour règle certaine, que le droit d'accroissement n'a pas lieu aux donations entre-vifs, par les raisons que nous venons de toucher ; cependant nous croyons qu'il faut user de distinction lorsqu'il s'agit de savoir si la donation faite à deux ou plusieurs personnes, et qui n'est acceptée que par un des donataires, doit être recueillie *in solidum* par l'acceptant, ou si elle vaut seulement pour sa portion. Il faut donc examiner les termes de la donation, et voir si elle est faite à deux ou plusieurs personnes en même temps, qui sont admises en concours dès l'instant de la donation, ou bien si elle est faite *in solidum* à chacun des donataires qui ne viennent pas par concours lors de la donation. Au premier cas, les portions étant distinguées intellectuellement, et par le ministère de la loi qui fait concourir également tous les donataires, l'acceptation de celui qui est présent ne lui profite que pour sa portion virile et les autres demeurent vacantes et caduques. Au second cas, la libéralité étant dirigée *in solidum*, à chacun des donataires, ce n'est que par le concours qui pourra survenir par l'acceptation des absents, que les portions seront distinguées ; et si les absens n'acceptent pas à temps, toute la libéralité demeure au donataire acceptant, *per jus non decrescendi* ; parce qu'il est fondé sur la volonté solidaire du donateur, comme l'observe Ricard, et qu'il a accepté pour lui la donation en entier, sauf qu'il est obligé de la communiquer aux autres donataires, en cas qu'ils acceptent, parce qu'alors : *Concursu partes fiunt*, comme parlent les interprètes. »

Perezius, *Ad Cod.*, n° 9, p. 564, t. I. « Non in donationibus inter vivos cum illæ contractibus sunt similes. »

(2) De Royer, v° *Accroiss.*, p. 163.

dairement. Dans ce cas, l'emphythéote devait tout son prix, même si l'un des bailleurs renonçait à sa part, à moins que cette renonciation ne fût faite au profit du preneur (1).

§ 4. — Quid *dans les institutions contractuelles ?*

Ricard et Furgole soutiennent que le droit d'accroissement a lieu dans les institutions contractuelles, si la conjonction réelle existe, c'est-à-dire s'il y a solidarité de vocation dans la disposition, parce que les institutions contractuelles, prohibées en droit romain, étaient vues, en droit français, aussi favorablement que les institutions testamentaires. Exemple : un père a deux enfants : il les marie par le même contrat et il les institue conjointement ; puis l'un des enfants vient à mourir sans descendants, avant le donateur, sa part accroît au survivant codonataire, mais elle n'accroît pour aucune partie à ses autres frères, car ceux-ci ne succèdent que *ab intestat* et par conséquent *ex diverso jure;* il n'y a pas conjonction entre eux (2).

(1) Dumoulin, *Sur l'ancienne Cout. de Paris*, tit. II, *de censive*, § 78. Gloss. IV, v° Censier ou foncier n°s 36, 37 et 38, t. I, p. 784, édit. 1681. « Amplio etiam si essent conjuncti conjunctione hominis vel contractûs, ut si ipsimet domini nuper concessissent in censum sub jure laudimiorum, quia in contractibus non est locus juri accrescendi. L. *Si mihi et Titio*: V. O. Limito in jure non decrescendi, quando illi locus esse potest, ut si duo in solidum dederint eumdem fundum in censum stipulanti, quisque in solidum jura censualia, quia tunc si alter repudiat, non jus dominicum, sed certa laudimia non accrescunt: sed jure non decrescendi remanent consorti cui alias integra debentur et cui repudians non facit partem... Secùs si partem suam remittit emptori : aliud enim repudiatio vel abdicatio, aliud remissio in favorem, quæ acceptationem implicat. » N° 38.

(2) Ricard, *Don.*, t. I, pars 3, n° 481, ch. IV, sect. IV : « Parce que

Lebrun considérait la donation contractuelle comme une donation entre-vifs, parce qu'elle est irrévocable. Or, la donation entre-vifs est un contrat, et l'accroissement n'a pas lieu dans les contrats (1). Pour Furgole, la donation entre-vifs n'était pas un véritable contrat. L'acceptation n'était exigée selon lui, que pour lever l'obstacle qui veut qu'une libéralité ne soit pas acquise *invito et ignoranti* (2).

§ 5. — Quid *dans le douaire ?*

L'accroissement en fait de douaire n'a lieu, c'est-à-dire que les enfants douairiers n'ont pas droit à la portion du douaire des autres qui se portent héritiers en acceptant la succession de leur père, car le douaire tient lieu de légitime et d'aliments. Mais si les enfants meurent *vivente patre*, leurs portions appartiennent *jure accrescendi* aux autres enfants qui, après le décès de leur père, renoncent à sa succession et se tiennent au douaire.

ces donations participant plus de la donation à cause de mort que d'entre-vifs, et quoique ce soit, les donataires n'en transmettant pas le fruit à leurs héritiers, lorsqu'ils décèdent sans enfants auparavant le donateur, il n'y a pas de difficulté que la raison du droit d'accroissement s'y rencontre. »

Furgole, *Testam.*, ch. IX, n° 31.

(1) Lebrun, *Success.*, liv. III, ch. II, n° 7, 5 édit. MDCCXLIII, t. I, p. 402. « Il faut dire néanmoins que les institutions contractuelles sont donations entre-vifs, non seulement parce qu'elles ne peuvent être faites que dans des contrats de mariage ; mais principalement parce qu'elles sont irrévocables, en tant que celui qui a fait une institution contractuelle, ne peut en faire une seconde, ni déroger à l'institution par des actes qui n'aient leur effet qu'après la mort ; or c'est une maxime qu'un acte qui participe de deux diverses natures, doit être réputé de celle dont il tient le plus. »

(2) Furgole, *Qu'est. sur les donat. Quest.* I, n°s 32 et s., t. VI, p. 9.

En effet, pour régler le douaire, on se place à l'époque du décès du père et on ne compte que les enfants vivants, car les enfants ne sont pas propriétaires du douaire du vivant de leur père : le douaire doit être accepté, ce qui n'est pas possible avant le décès du père. L'article 186 de la C. de Senlis contenait à cet égard la disposition suivante : « Si le père va de vie à trépas, délaissez plusieurs enfants, l'un desquels renonce à la succession, et accepte le douaire, et les autres se portent héritiers, celuy qui aura renoncé à ladite succession, n'aura audit douaire, que telle part et portion, que si les autres se fussent déclarez douairiers et non héritiers. » La note qui accompagne cet article en donne le motif : « *Quia non perdunt partes suas, ex eo quod heredes : sed via exceptionis coguntur eas coheredibus conferre et sic non deficiunt, nec aliis accrescere possunt. Nam inter conjunctos conventione legali, non est locus juri accrescendi.* » L'article 251, C. de Paris, dit de même : « Nul ne peut estre héritier et douairier ensemble pour le regard du douaire coutumier ou préfix ». — C'est-à-dire nul n'est héritier et douairier de son père, *quia debet doarium conferre* (1).

(1) Ferrière. *Sur l'art.* 251, *C. de Paris*, t. II, pp. 137 et 138 : « On se demande sur cet article, si entre les enfants du père, les uns se portent héritiers, les autres douairiers, et les autres renoncent à la succession sans prendre le douaire, comment les biens du père doivent être divisés ?

On répond que les douairiers ne prennent autre part dans le douaire, que si tous les autres enfants avaient pris le douaire, en sorte que la part de celui qui renonce, et de ceux qui prennent la qualité d'héritiers, la portion du douaire estant confuse en leur personne, et le douaire perd son nom à leur égard, en sorte que si un père délaisse deux enfants après sa mort, d'un même mariage, et pour tous biens un héritage sujet au douaire coutumier : que l'aîné se porte héritier de son père, et le puîné renonce à sa succession, et se tienne au douaire : le frère aîné héritier aura les trois quarts de cet héritage, et

§ 6. — Quid *dans la communauté conjugale ?*

Il y avait lieu à l'accroissement des effets de la communauté conjugale au profit du légataire des meubles et acquêts du mari, lorsque la veuve renonçait à la communauté. Le légataire universel prenait alors la communauté entière, parce que le mari, lors de son décès, était maître de la communauté. La femme, en effet, était admise à la renonciation de la communauté. Ce bénéfice dont la veuve Bourchart de Montmorency nous offre le premier exemple en 1285, s'était introduit à l'époque des Croisades. Spécial aux femmes nobles, il fut étendu successivement aux femmes roturières et à leurs héritiers : « Il est loisible à femme noble ou non noble, après le décès de son mari, ou à ses héritiers, si elle prédécède, de renoncer si bon leur semble à la communauté. » Art. 204, C. d'Orléans. Cette totalité demeure au mari *jure non decrescendi :* « Et en effet, dit Ricard, la communauté entière, en ce cas, demeure dans les biens du mari, non pas tant par un droit d'accroissement que de non-décroissement : la femme, au moyen de sa renonciation, étant considérée comme si elle n'y avait jamais eu de part, de sorte que celui qui prend la communauté ne tient rien d'elle et prend le tout par la libéralité de son mari. — Aussi a-t-il été jugé de la sorte qu'un légataire universel des meubles

l'autre quart sera pour le puîné La raison est, que le douaire tient lieu d'aliments aux enfants, dans lesquels il n'y a pas lieu d'accroissement, mais ils finissent par la renonciation de celui auquel ils sont dus, et appartiennent à ceux qui représentent celui qui les a laissés : ou même il faut dire que la portion de celui qui n'accepte pas le douaire, demeure toujours en la succession du père dans laquelle elle n'a jamais cessé d'être partie.

Que si l'enfant est décédé avant d'avoir opté ou la succession ou le douaire, cette option est transmissible à ses héritiers. »

et acquêts du mari, avait droit de prétendre la communauté entière en cas de renonciation de la part de la femme, par arrêt du 16 avril 1607, et le mois d'août 1615 (1). »

§ 7. — Quid *dans le cas de communauté continuée ?*

Lorsque la communauté a continué entre le survivant et plusieurs enfants du prédécédé, la mort de l'un desdits enfants ne dissout pas la continuation de communauté, tant qu'il en reste quelqu'un ; mais, la part que cet enfant avait dans la continuation de communauté accroît aux autres enfants. C'est ce que porte l'article 243 de la coutume de Paris : « Si aucun des enfants qui ont continué la communauté, meurt, ou tous fors un, les survivants ou survivant desdits enfants continuent ladite communauté, et prennent autant que si tous lesdits enfants étaient vivants. » Ce droit d'accroissement n'est pas fondé sur la conjonction, mais sur ce motif que la coutume a voulu établir une nouvelle peine contre le survivant qui ne dissout pas la communauté. C'est là le sentiment de Pothier (2), mais Ferrière considérait que tous les enfants étaient conjoints par effet en la part qui leur

(1) Ricard, *Don.*, 3e part., ch. IV, sect. IV, nos 498 et 499.
Pothier, *Communauté*, nos 568 et s., t. VII, p. 300.
C. J. de Ferrière, *Acc.*, p. 32.
De Royer, vo *Acc.*, p. 109.

(2) Pothier, *Traité de la communauté*, no 859, t. VII, p. 415 : Cette décision de l'article 243 de la coutume de Paris, n'est point contraire au principe de droit que la mort d'un seul des associés opère la dissolution de la société à l'égard de tous les associés ; *morte socii solvitur societas... etsi plures supersint* (L. 65, § 9, D., *pro socio*, 17, 2), car le principe n'a d'application que lorsque cet associé qui est mort, faisait seul une tête dans la société. Mais dans celle qui est entre le survivant et ses enfants, chacun desdits enfants ne fait pas une tête dans la société ; ils ne font tous ensemble qu'une tête. C'est pourquoi lorsqu'il reste un seul des enfants qui composaient cette tête, cette tête subsiste par celui qui reste, et il n'y a pas lieu au principe : *morte*

appartenait en la communauté (1). Ces enfants représentaient la personne du prédécédé.

On se demandait si la renonciation de l'enfant produisait un effet analogue à son décès. Non, disaient Furgole (2), Ferrière et Pothier, car la part du renonçant appartient totalement au survivant des père et mère. Mais Renusson (3) était d'avis contraire.

socii solvitur societas. — Lorsque l'un des enfants qui est mort durant la continuation de communauté, a laissé des enfants qui sont héritiers, les enfants qu'il a laissés, le représentent dans sa part à la continuation de communauté, et il n'y a pas lieu à l'accroissement de cette part. »

Au nº 865, Pothier rappelle les principes du droit d'accroissement et il dit que ce n'est pas sur la conjonction qu'est fondé ce droit d'accroissement dans la communauté continuée : « Laurière a fort bien conclu que les parts qu'avaient dans les biens de la continuation de communauté les enfants qui meurent durant la communauté, étaient des parts acquises. Le principe du droit d'accroissement *inter conjunctos re et verbis* ne peut recevoir d'application. Il faut donc rechercher une autre raison de l'accroissement des portions des enfants qui meurent durant la continuation de la communauté. Je n'en vois pas d'autre, sinon que la coutume, par cet article, a voulu établir une nouvelle peine contre le survivant qui ne dissout pas la communauté, en le privant de la succession des portions qu'avaient dans les biens de la continuation de communauté, ses enfants morts durant la continuation de communauté, nonobstant sa qualité d'héritier aux meubles et acquêts desdits enfants, et en transférant cette succession aux autres enfants survivants, jusqu'au dernier, pour y succéder à sa place. »

(1) Cl.-J. de Ferrière, *Nouveau Commentaire sur la C. de Paris.* Sur article 243, p. 102, t. II (édit. MDCLXXXVIII, Paris) : « La raison de cet article est, que tous les enfants sont conjoints par effet en la part qui leur appartient en la communauté, en sorte qu'en quelque nombre qu'ils soient, ils n'ont pas plus que s'il n'y en avait qu'un parce qu'ils représentent la personne du prédécédé leur père ou mère, c'est pourquoi si l'un meurt ou plusieurs d'entre eux, les survivants n'en prennent pas moins par droit d'accroissement, et le survivant des père et mère en vertu de cette continuation est exclu de la succession de ses enfants jusque au dernier d'entre eux, ce qui est une exception remarquable de l'article 311 et de l'article 314. »

(2) Furgole, *Des Test.*, ch. IX, nºs 56 et s. ; — Ferrière, vº *Acc.*, p. 32 ; — Pothier, *Communauté*, art. 1, sect. VIII, ch. I, part. VI, nº 870 (t. VII, p. 419).

(3) Renusson, *Communauté*, part. 3, ch. IV, nºs 24 et s., t. II, p. 208 (édit. Sérieux, MDCCLX).

CHAPITRE IV

DE L'ACCROISSEMENT EN FAIT D'USUFRUIT

Notre ancien droit admettait le droit d'accroissement dans les legs d'usufruit : *Accroissement, en fait d'usufruit a lieu.* Ainsi quand l'usufruit d'une même chose a été légué à plusieurs légataires, la portion de l'un d'eux qui vient à vaquer, appartient à l'autre, par droit d'accroissement ; mais il faut pour cela, que ces légataires soient conjoints *re et verbis* ou *re tantum ;* car, s'ils n'étaient conjoints que *verbis tantum*, le droit d'accroissement n'aurait pas lieu. C'est-à-dire que les conditions nécessaires au droit d'accroissement, dans les legs de propriété, sont exigées aussi dans les legs d'usufruit. Sous ce rapport, ces deux sortes de legs conviennent ; mais les derniers présentent cependant quelques particularités, comme en droit romain.

Pothier (1) indique ces dérogations : « Lorsqu'une chose a été léguée en usufruit à plusieurs colégataires, quoique tous ces colégataires aient concouru et partagé entre eux l'usufruit qui leur a été légué, le droit d'accroissement ne laisse pas d'avoir lieu, car à mesure que chacun des colégataires mourra, la portion qu'il avait dans

(1) Pothier, *Don. Test.*, n° 346.

l'usufruit accroîtra à ses colégataires, au lieu de s'éteindre et de se consolider avec la propriété, *quia ususfructus quotidie constituitur et legatur*. L. 1, § 3., D., *De usuf. acc.*, VII, 2. »

Le jurisconsulte ajoute que la singularité relative au legs d'usufruit, contenue dans la loi 33, § 1, D. VII, 1, n'est pas suivie dans les usages du droit coutumier. Rappelons l'espèce de cette loi : Il s'agit du cas où un colégataire de l'usufruit d'un fonds revendique la jouissance de ce fonds contre un tiers possesseur. Ce colégataire perd son procès. Il peut cependant réclamer, par voie d'accroissement, la part de son colégataire devenue défaillante, et fonder une nouvelle demande contre ce tiers possesseur, afin d'obtenir la jouissance de cette part : *quoniam portio fundi, velut alluvio, portioni personæ fructus adcresceret.*

Ricard (1) qui a exposé, avec détails, les particulari-

(1) Ricard, *Don.*, n° 444 : « Il y a lieu au droit d'accroissement toutes les fois et quantes, que deux ont eu solidairement une chose qui se divise par leur concours. Ce qui ne convient pourtant qu'à l'usufruit, qui peut accroître, ainsi que nous le verrons dans la suite, après la jouissance des légataires, et qu'ils ont tous appréhendé les portions auxquelles ils étaient appelés... »

N° 523 : « ... Mais en matière de legs d'usufruit, comme celui auquel il appartient, ne le peut transmettre à ses héritiers, l'un des légataires conjoints venant à mourir, le colégataire vivant jouit de sa part par droit d'accroissement et il ne retourne au propriétaire que quand tous les légataires conjoints sont décédés... Le legs d'usufruit consiste particulièrement en fait et en jouissance : de sorte que comme c'est la possession qui le conserve, le concours y est toujours considérable jusques à la fin, et dans tous les moments que le legs doit durer : ce qui fait que l'un des légataires venant à mourir, et cessant par conséquent de faire concours, sa part accroît aux autres pendant la durée de l'usufruit, quoiqu'après avoir reconnu son legs. »

N° 524 : «... L'usufruit ne laisse point d'accroître à celui qui a aliéné ou autrement perdu sa part... *ususfructus enim personæ accrescit, etsi fuerit amissus.* »

N° 525 : « Mais je demande s'il y a un légataire de l'usufruit, et un

tés ou *privilèges* des legs d'usufruit, enseigne également que l'usufruit accroît, lorsque les légataires ont reconnu le legs, et qu'il accroît aussi au légataire qui a perdu sa part. Puis, il discute la question de savoir qui, de l'héritier ou du légataire de la propriété profite du legs que ne prend point le légataire de l'usufruit. Il incline pour le légataire de la propriété, non pas en vertu du droit d'accroissement qui ne peut exister en ce cas, mais par le moyen de la consolidation à la nue propriété.

Lebrun (1) dit aussi que si « l'usufruit ne passe point aux héritiers, c'est parce que le droit en est fini et consommé par la mort de l'usufruitier, et par la même raison, il ne s'en doit faire aucun accroissement. »

Enfin Ferrière (2), dans son *Dictionnaire de droit et de pratique*, est d'avis que le droit d'accroissement a lieu dans les legs d'usufruit : 1° Si l'un des légataires ne peut jouir de sa part, ou par la mort naturelle, ou par la mort civile, en sorte que sa portion ne se réunit pas à la propriété de la chose; 2° Et si l'un des légataires vient à manquer après que tous ont accepté le legs :

autre légataire de la propriété de la même chose, et que le légataire de l'usufruit ne prenne pas son legs, savoir si l'usufruit accroît au légataire de la propriété, ou bien si l'héritier en doit jouir pendant la vie de celui auquel le testateur l'avait laissé... Le legs de la propriété ayant été fait à la réserve de l'usufruit, et cet usufruit ayant été inutilement légué, il faut considérer ce legs comme s'il n'avait jamais été; et ainsi cet usufruit (dit Valla) doit demeurer vers l'héritier pendant sa vie, et non pas seulement pendant la vie du légataire. »

N° 526 : « J'estime néanmoins le légataire de la propriété mieux fondé, non pas en vertu du droit d'accroissement; ... mais cet usufruit lui est acquis par le moyen de la consolidation... »

(1) Lebrun, *Success.*, liv. I, ch. v, sect. IX : *De l'accroiss. de l'usuf. entre ascend.*, p. 96, éd. MDCCLXIII.

(2) De Ferrière. *Dict. de dr.*, v° *Acc.*, p. 30 ; — De Royer, v° *Accroiss.*, p. 185.

« Bien plus, elle accroît à tous également, sans même excepter ceux qui auraient auparavant perdu la part qu'ils avaient dans la jouissance de cet usufruit. »

En résumé, les principes du droit romain avaient été reproduits à l'égard des legs d'usufruit. La part défaillante accrossait à l'usufruitier colégataire ; l'accroissement se produisait même après le partage et avait lieu *personæ*, en sorte qu'il pouvait se produire même à l'égard de celui qui avait perdu sa part.

Signalons une question qui est traitée par Lebrun, dans son traité sur les *Successions*, à la section IX, chapitre v, livre I, sous cette rubrique : *De l'accroissement de l'usufruit entre ascendants.*

Le jurisconsulte se demande si dans les coutumes (v. g. Anjou, art. 270) qui donnent l'usufruit des immeubles aux père et mère, l'usufruit accroît entre ascendants, en cas de mort ou de renonciation. Voici comment il y répond : Si à la mort du fils, il n'y a que son père ou sa mère qui survit, l'accroissement est donné expressément par ces coutumes, notamment par celle d'Anjou (art. 270). — Mais lorsque les père et mère survivent à leur fils et que l'un d'eux renonce à la succession, par exemple : le père et la mère étant séparés de biens, le père renonce, et la mère accepte la succession de son fils, légataire d'un sien oncle, un doute est possible de savoir si la mère aura la totalité ou la moitié de l'usufruit; parce que, hors les cas de la représentation, la renonciation gratuite, équivaut par ses effets, à la mort naturelle. D'autre part, les ascendants sont conjoints *re et verbis*, dans ces coutumes, car elles donnent le même objet à chacun d'eux. Enfin, si le père,

par exemple est entré en jouissance de l'usufruit et s'il décède, il n'y a plus lieu à accroissement au profit de la mère « parce que l'usufruit que la coutume avait donné au père est consommé et par conséquent réuni à la propriété. » Il est vrai, dit Lebrun, que la loi 3, *De usuf. adc.*, VII, 2, décide le contraire, parce que le droit d'usufruit consiste dans la jouissance et le fait de l'usufruit ; mais, c'est là « une pure subtilité, car si l'usufruit ne passe point aux héritiers, c'est parce que le droit en est fixé et consommé par la mort de l'usufruitier, et par la même raison, il ne s'en doit faire alors aucun accroissement ». Il cite l'autorité de Guy Pape, Décis. 240; — Chopin, sur la C. d'Anjou, L. 3, ch. III, nombre dernier; — du Pineau, sur l'art. 270 d'Anjou.

L'accroissement a-t-il lieu dans un legs d'aliments? Par exemple, dans le cas où un testateur a légué l'usufruit d'une certaine terre, à certaines personnes, pour leurs aliments?

Ricard, Furgole et Pothier (1), enseignaient la négative, conformément à la loi 57, § 1, *De usuf.*, VII, 1, le testateur étant censé avoir limité le legs à la portion jugée suffisante pour les besoins de chacun. « La présomption est violente, dit Ricard, que, comme les aliments ne reçoivent pas d'extension, sa volonté n'a pas été que sa disposition reçût accroissement par la mort des premiers au profit des survivants. »

Lorsqu'un testateur charge Primus et Secundus, ses deux héritiers, de laisser chacun à ses enfants, l'usufruit d'une certaine terre, les enfants de Primus sont conjoints quant à la part de celui-ci, mais ils sont disjoints quant à la part de Secundus; d'où, il peut y avoir

(1) Ricard, *Don.*, part. 3, n° 555. — Furgole, *Des Testam.*, ch. IX, n° 113. — Pothier, *Don. Test.*, n° 352.

lieu à accroissement, dans le premier cas, et jamais dans le second. Car les enfants de Primus sont conjoints entre eux, mais ils ne le sont pas avec les enfants de Secundus, Primus et Secundus ayant reçu des parts séparées.

La solution était la même et l'accroissement était exclu, si un legs d'aliments, au lieu d'être fait par testament, était fait par donation ; de sorte que deux époux ayant donné leurs biens sous réserve d'une pension en grains, la pension s'éteignait pour moitié, par le décès de l'un des donateurs (Furg., Test., IX, 113).

Voilà, en résumé, le caractère, et les effets principaux de l'accroissement, dans l'ancien droit, dont la plupart des règles avaient été empruntées à la constitution de Justinien, sauf toutefois quelques modifications (1).

Si un legs était fait conjointement, le testateur était censé donner le tout à chacun, de sorte que le colégataire restant pouvait recueillir la part du défaillant. Le principe était en effet que le testateur manifestait sa volonté par la rédaction du legs. S'il y avait assignation de parts, le droit d'accroissement était en général exclu, sauf aux légataires à démontrer que le testateur avait voulu accorder le droit d'accroissement. Qu'est devenu cet héritage sous le Code civil? C'est ce qu'il nous reste maintenant à examiner.

(1) Demolombe, t. XXII, n° 365 : « Il faut reconnaître toutefois, qu'ils ne l'ont pas toujours exactement compris (*le système de Justinien*) et qu'ils y ont apporté des expressions qui, très conformes au système de conjonction, admis par les lois caducaires, ne convenaient plus au système de Justinien, dont la base était tout autre ! » (Comp. Domat, *Lois civ.*, liv. III, tit. I, sect. IX, n° 5 ; — Ricard, part. 3, ch. IV, sect. II et III ; — Pothier, *Des Donat. test.*, ch. IV, sect. V, § 4.)

Mais il serait injuste de leur en faire un reproche ! La faute en est bien plutôt à la compilation de Justinien, dont les fragments, empruntés à des jurisconsultes contemporains des lois caducaires, portent encore des traces nombreuses et très discordantes des distinctions que ces lois avaient fait naître. »

DROIT MODERNE

HISTORIQUE DES ARTICLES 1044-1045

Ces articles sont placés à la section VIII du chapitre IV, intitulé des *Donations entre-vifs* (Liv. III, t. II, C. civ.). Or, voici comment fut voté le titre des Donations entre-vifs et des Testaments :

Bigot-Préameneu, organe de la section de législation, présenta au Conseil d'État, le 30 nivôse an XI (20 janvier 1803), un rapport sur la question de la Légitime. Le 7 pluviôse an XI (27 janvier 1803), il présenta le projet de loi. Le Conseil l'arrêta le 3 germinal an XI (24 mars 1803). Cette rédaction fut communiquée officieusement au Tribunat qui fit de nombreuses observations. Les observations du Tribunat furent rapportées, discutées et modifiées au Conseil d'État, dans la séance du 24 germinal (14 avril). Le 2 floréal an XI (22 avril 1803), Bigot-Préameneu présenta le projet au Corps législatif et fit un exposé des motifs. Le 3 (23 avril), le Corps législatif en fit le rapport à l'Assemblée générale et proposa d'en voter l'adoption. Le 10 (30 avril), le Tribunat émit ce vœu par 54 voix contre 2. Le 13 (3 mai), le vœu du Tribunat fut porté au Corps législatif par Jaubert, Favard et Sédillez.

Favard en exposa les motifs. Le même jour, le Corps législatif décréta le projet par 220 voix contre 3. La nouvelle loi a été promulguée le 23 floréal an XI (13 mai 1803) (1).

Le rapport de Jaubert et le discours de Favard sont des plus remarquables. Le droit de tester est reconnu comme étant une conséquence du droit de propriété : « Tribuns, la prérogative la plus éminente de la propriété, c'est le droit de transmettre volontairement et à titre gratuit... Aucun n'est étranger à cet orgueil attaché à l'empire que les hommes ont voulu s'assurer sur leurs propriétés, en se soumettant pour leurs personnes à la puissance publique... (2). »

« Le pouvoir qui flatte le plus l'homme dans ses derniers moments, et, même dans le cours de sa vie, est celui de disposer de ses biens au gré de ses affections. C'est un besoin pour son cœur, c'est un droit inhérent à la propriété (3). »

Nous venons de voir comment fut voté le titre des donations et des testaments, examinons maintenant, par quelles phases successives, ont passé les articles 1044 et 1045, avant leur rédaction définitive.

L'article 133 du titre XI, chapitre v, section III, du projet de la commission du Gouvernement, présenté le 24 thermidor an VIII, portait ce qui suit : « Il n'y a lieu à accroissement, au profit des légataires que dans le cas où la même chose a été léguée à plusieurs conjointement.

Le legs n'est réputé fait conjointement, que lorsqu'il

(1) Locré, t. XI, p. 1.
(2) Locré, t. XV, p. 433.
(3) Locré, t. XV, 489.

l'est par une seule et même disposition et que le donateur n'a pas assigné la part de chacun des colégataires dans cette chose (1). »

Cet article est la reproduction exacte de l'article 127 du projet primitif (Titre des don. entre-vifs et à cause de mort), présenté par Jacqueminot, le 30 frimaire an VIII à la commission législative des Cinq-Cents.

Par suite de l'énonciation négative de cet article, l'accroissement n'était admis qu'entre légataires conjoints *re et verbis ;* les *conjuncti re tantum* étaient exclus.

Le tribunal de Cassation trouva ce projet imparfait : « La conjonction *re*, est-il dit dans les observations, a paru à la commission devoir opérer accroissement en cas de défaillance d'un des colégataires, d'après les principes connus du droit romain (2). » Aussi il proposa une autre rédaction ainsi conçue : Art. 144. « Il y a lieu à accroissement au profit des colégataires, soit qu'une même chose naturellement non susceptible de division ait été léguée à deux ou plusieurs individus, par une ou diverses dispositions, soit qu'un objet naturellement susceptible de division ait été légué à deux ou plusieurs par une seule et même disposition, sans assignation de la part de chacun des colégataires dans cette chose (3). » Dès lors, si la chose est divisible, l'accroissement n'a lieu que dans la conjonction *re et verbis ;* mais, si elle est indivisible, il se produit entre conjoints quels qu'ils soient.

(1) Fenet, *Recueil complet des trav. prép.* (1836), t. II, p. 295.
(2) *Observ. du trib. de Cass.*, ch. v, sect. IV ; — Fenet, t. II, p. 709.
(3) *Loc. cit.*

cet art. 144, « les principes connus du droit romain ».

Le Conseil d'État, sur les observations du Tribunal de Cassation, maintint l'art. 133 du projet primitif, correspondant à l'art. 1044 et ajouta, sans discussion, un autre article qui est devenu l'art. 1045, reproduisant à peu près la première portion de l'art. 144 du projet du tribunal de Cassation.

Voici ces deux articles 1044 et 1045. C. civ.

Art. 1044. « Il y aura lieu à accroissement au profit des légataires, dans le cas où le legs sera fait à plusieurs conjointement.

Le legs sera réputé fait conjointement, lorsqu'il le sera par une seule et même disposition, et que le testateur n'aura pas assigné la part de chacun des colégataires dans la chose léguée. »

Art. 1045. « Il sera encore réputé fait conjointement, quand une chose qui n'est pas susceptible d'être divisée sans détérioration, aura été donnée par le même acte à plusieurs personnes, même séparément. »

Tels sont les deux articles relatifs à la matière qui nous occupe.

Il n'est pas inutile de rapporter ici l'appréciation des rédacteurs mêmes du code civil. Jaubert, dans son rapport fait au Tribunat, à la séance du 9 floréal an XI (29 avril 1803) s'exprime en ces termes : « Toute l'ancienne théorie du droit d'accroissement se trouve très clairement réduite dans deux articles (2) . » Le tribun Fa-

(1) « Dans le C. d'Et., la rédaction actuelle (des art. 1044 et 1045), n'a pas été discutée. On a dit *fiat et facta est.* »
Hollius, *Thém.*, t. X, p. 338.

(2) Locré, *La législat. civ. com. et crim. de la France*, t. XI, p. 475, n° 67.

vard, dans son discours prononcé à la séance du corps législatif, le 13 flor. an XI (3 mai 1803) dit en apportant le vœu d'adoption émis par le Tribunat : « Le droit d'accroissement avait donné naissance à des difficultés sans nombre. On trouve dans les auteurs, soit du droit écrit, soit du droit coutumier, des discussions subtiles, plus propres à égarer qu'à éclairer sur un point de droit qui paraissait inextricable. Le projet fait cesser toute controverse par la manière de préciser les cas dans lesquels il y aura lieu à accroissement au profit des légataires (1). » Jacques de Maleville, second président de la Cour de Cassation, analysant la discussion du code civil au Conseil d'État affirme « que ces deux articles tranchent une infinité de contestations qui s'étaient élevées sur le droit d'accroissement, contestations d'autant plus difficiles, qu'elles avaient leur source dans les ambages des lois romaines, faites cependant pour les terminer ; aussi le docte Cujas traite-t-il d'*hébétés* ceux qui les ont recueillis sur cette matière... Nos deux articles terminent enfin ces fameuses questions (2). »

Enfin Grenier dit aussi que le mystère de l'accroissement est entièrement simplifié (3).

Les premiers commentateurs du Code civil tiennent le même langage : « Ces deux articles (1044 et 1045) dont le dernier qui ne se trouvait pas au premier projet du code civil, est dû aux observations de la Cour de Cassation , conservent les principes connus du droit romain, en en écartant les *subtilités* (4). »

(1) Locré, t. XI, p. 507, n° 22.

(2) Jacques de Maleville, *Analyse raisonnée de la discussion du Cod civ.*, t. II, p. 490 (1805).

(3) Grenier, *Don. et test.*, n° 350.

(4) Pandectes françaises, t. IX, n° 416.

Des citations qui précèdent, il résulte que les auteurs des art. 1044, 1045 se proposaient de terminer les controverses relatives au droit d'accroissement, en se conformant aux règles du droit romain. Or, d'une part les principes du droit romain ont été gravement modifiés, le simple rapprochement des textes du code avec ceux de la compilation de Justinien suffit à le montrer ; et d'autre part, les discussions subsistent aussi vives que dans l'ancien droit. Cela tient à ce que cette matière rentre entièrement dans l'interprétation de la volonté du testateur.

CHAPITRE I

CAS DANS LESQUELS LE DROIT D'ACCROISSEMENT PEUT ÊTRE OUVERT (1043)

Le droit d'accroissement peut avoir lieu lorqu'un legs se trouve nul, révoqué ou caduc. Quelques notions sur chacun de ces événements.

§ 1. — *Des causes de nullité*

Elles peuvent tenir à la forme ou à la capacité des parties. L'art. 1001 sanctionne ainsi les règles établies pour les formalités des testaments : « Les formalités auxquelles les divers testaments sont assujetties par les dispositions de la présente section et de la précédente doivent être observées à peine de nullité. »

Lorsque le testateur est incapable, il y a nullité de fond, et comme le testateur figure seul dans le testament, l'acte est nul pour le tout. L'incapacité du légataire n'entraîne pas la nullité du testament, mais elle est une cause de caducité (1043, civ.) : « La disposition testamentaire sera caduque, lorsque l'héritier institué ou le légataire la répudiera, ou se trouvera incapable de la recueillir. »

Ceux qui doivent profiter de la nullité du legs peuvent

agir en justice : L'intérêt est la mesure des actions ; d'où, l'héritier légitime ne pourrait pas demander la nullité du legs à titre universel ou à titre particulier, s'il y avait un légataire universel, car c'est le légataire universel qui profiterait de la nullité du legs.

§ 2. — *De la révocation des dispositions testamentaires*

La révocation peut être volontaire ou jnpiciaire.

N° 1. — De la révocation volontaire.

Elle résulte de la volonté du testateur. Le droit de révocation est essentiel et le testateur ne peut y renoncer.

La révocation peut être expresse (1035) ou tacite (1036-1038).

A. — De la révocation expresse.

L'art. 1035 porte : « Les testaments ne pourront être révoqués, en tout ou en partie, que par un testament postérieur, ou par un acte devant notaires, portant déclaration du changement de volonté. » Le testateur a donc, pour faire la révocation, le choix entre : 1° un testament postérieur ou, 2° un acte notarié.

B. — De la révocation tacite.

C'est celle qui résulte de certains actes : testament postérieur, aliénation de la chose léguée, destruction volontaire du testament par le disposant.

a. — Testament postérieur. — Notre droit diffère à cet égard du droit romain. La maxime *posteriore testamento superius rumpitur*, qui n'était que la conséquence de cette autre : *nemo partim testatus*, n'est plus applicable. On admet la suivante : *posterior voluntas, potior haberi debet.*

(L. 90, D., *Le cond. et demonst.*, XXXV, 1), c'est-à-dire que plusieurs testaments peuvent recevoir leur exécution, lorsqu'ils sont compatibles matériellement ou intellectuellement.

b. Aliénation de l'objet. — L'art 1038 porte: « Toute aliénation, celle même par vente avec faculté de rachat, ou par échange, que fera le testateur de tout ou partie de la chose léguée, emportera la révocation du legs pour tout ce qui a été aliéné, encore que l'aliénation postérieure soit nulle, et que l'objet soit rentré dans la main du testateur. » Cet article est conçu dans les termes les plus généraux, il comprend l'aliénation à titre onéreux comme l'aliénation à titre gratuit.

c. Lacération ou cancellation du testament.

Ces faits entraînent révocation, lorsqu'ils émanent du disposant.

N° 2. — De la révocation judiciaire.

Elle résulte du fait du légataire. L'article 1046, civ. énonce ainsi les causes de la révolution judiciaire: « Les mêmes causes qui, suivant l'article 954 et les deux premières dispositions de l'article 955, autoriseront la demande en révocation de la donation entre vifs, seront admises, pour la demande en révocation des dispositions testamentaires. »

Le texte n'ayant pas indiqué la survenance d'enfant parmi les causes de révocation, il faut en conclure que la survenance d'enfant au testateur qui n'en avait pas lors de la confection du testament, n'est pas une cause de révocation, même si le testateur a ignoré, en mourant, la grossesse de sa femme.

La loi a peut-être manqué de prévoyance dans ce

dernier cas, mais l'interprète ne peut combler cette lacune (1).

La révocation judiciaire peut avoir lieu : 1° pour cause d'inexécution des charges. Les règles sur la révocation des donations pour inexécution des charges sont applicables ici ;

2° Pour cause d'ingratitude. Ce qui comprend les cas où : *a.* le légataire a attenté à la vie du testateur ; *b.* s'est rendu coupable envers le testateur de sévices, délits ou injures (1046 et 955, civ.). Ces deux cas sont plutôt des cas d'indignité ; c. a injurié gravement la mémoire du défunt (1047. Civ.). L'action peut être intentée par tous ceux qui profiteront de la révocation. Si en effet, on l'accordait seulement aux héritiers, il arriverait ceci, au cas où le défunt ne laisserait que des légataires à titre universel ou à titre particulier : les héritiers légitimes étant exclus, s'abstiendraient d'agir, car ils seraient sans intérêt; les légataires grevés pourraient agir, mais ils seraient sans droit (2).

§ 3. — *De la caducité des legs*

Un legs est caduc lorsque, valable à l'origine, il devient inutile par suite d'un événement étranger à la volonté du testateur. Les causes de caducité peuvent tenir à la personne du légataire ou à la chose léguée.

A. — Causes qui tiennent à la personne du légataire.

(1) Baudry-Lacantinerie, t. II, n° 620 ; — Aubry et Rau, t. VII, p. 508, § 724, texte et note 5.
Demolombe, t. XXII, n°s 263, 264.
(2) Laurent, t. XIV, n° 267.

— Il y en a trois : 1° prédécès du légataire ; 2° son incapacité ; 3° son refus.

1° Prédécès du légataire. — Le cas est prévu par l'article 1039 ainsi conçu : « Toute disposition testamentaire sera caduque, si celui en faveur de qui elle est faite, n'a pas survécu au testateur. » Le motif de cette règle, c'est que la libéralité est personnelle comme l'affection qui la produit ; d'où, le droit au legs ne peut s'ouvrir qu'au profit du gratifié, et, ses héritiers ne peuvent en profiter que par son intérmédiaire. C'est à l'héritier du légataire à faire la preuve de la survie de celui-ci (135, civ.).

A quel moment s'ouvre le droit au legs (*dies cedit*)?

a. Si le legs est pur et simple, le droit s'ouvre au moment du décès du testateur (1039) ; de même s'il est à terme certain (1041), car le terme ne suspend que l'exécution ; ou s'il est fait sous condition résolutoire (Argt. 1183. 2 al.).

b. Si le legs est conditionnel, la condition suspend l'existence même du droit ; d'où, pour que le droit au legs s'ouvre, il faut que le testateur soit décédé et que la condition soit réalisée (1040) ; de même, si le legs est à terme incertain, car *dies incertus conditionem in testamento facit* (L. 75, D., *De cond. et dem.*, XXXV, 1).

Il importe de distinguer si le legs est à terme ou conditionnel. C'est là une difficulté qui doit se résoudre d'après l'intention du testateur.

La condition suspensive et le terme incertain empêchent que le légataire ne puisse demander la délivrance ou l'exécution de son legs ; mais, ils ne s'opposent pas à ce que le légataire prenne des mesures conservatoires

(Argt. 1180), car il a un droit éventuel dont il peut disposer par aliénation à titre gratuit ou à titre onéreux et auquel il peut renoncer en faveur de l'héritier. Dès lors, il peut requérir inscription sur les immeubles de la succession (1017); demander la séparation des patrimoines (2111); interrompre la prescription (Argt. 1180). Mais il ne pourrait demander la caution aux personnes chargées d'acquitter le legs après l'arrivée du terme ou de la condition, car aucun texte ne leur impose cette obligation (1). M. Demolombe admet un tempérament à cette solution pour le cas où les circonstances (v. g. la nature de la chose, la crainte sérieuse de l'insolvabilité de l'héritier), sembleraient rendre cette mesure nécessaire (2).

La condition potestative négative qui est plutôt un mode qu'une condition (v. g. s'il ne monte pas au Capitole), c'est-á-dire la condition suspensive de ne pas faire dont l'accomplissement ne peut se vérifier qu'à la mort du légataire, ne produit pas l'effet suspensif des conditions ordinaires, car le légataire ne pourrait acquérir le legs qu'à sa mort et ses héritiers seuls en profiteraient, ce qui serait contraire à l'intention du testateur. Aussi, la délivrance du legs peut être demandée immédiatement à la charge, lorsque les circonstances paraissent exiger cette garantie, de fournir la caution Mucienne, ayant pour but d'assurer la restitution de la chose et les fruits, en cas de contravention à la condition (3).

S'il s'agit d'une condition potestative affirmative (v. g. je donne ma maison à Primus, s'il se marie), l'accom-

(1) Aubry et Rau, § 717, p. 474, t. VII.
(2) Demolombe, t. XXII, n° 316.
(3) Demolombe, n° 317, t. XXII.

plissement de la condition n'est limité par aucun terme : *infinitum tempus habent* (L. 91, D., *De cond. et dem.*, XXXV, 1). Le légataire a toute sa vie pour accomplir cette condition; la situation de l'héritier ne sera fixée qu'au moment du décès du légataire (Argt. 1176, 1177) (1).

Mais la condition dont l'exécution dépend de la pure volonté du légataire, v. g. *si in Capitolium ascenderit*, doit être accomplie aussitôt qu'il est possible (L. 29, D., *De cond. et dem.*, XXXV, 1). De même s'il s'agit d'une obligation de faire, pour l'héritier ou un tiers, un travail ou un abandon quelconque (L. 23, § 1, D., *de Heredib. inst.*, XXVIII, 5).

Les questions relatives à la matière des conditions sont des questions de fait et d'interprétation où la volonté du testateur joue le principal rôle (2).

Ajoutons que la condition accomplie postérieurement au décès du testateur rétroagit au jour de ce décès (Argt. 1179). Le legs est acquis *ut ex tunc ;* de sorte que, s'agissant d'un corps certain, les aliénations et constitutions de droits réels consenties par le légataire, *medio tempore*, seront valables, à la différence de celles consenties par l'héritier. Mais, pendant l'intervalle qui sépare le décès du disposant de l'arrivée de la condition, l'héritier gardera les fruits, et le légataire n'y aura droit qu'au moment de l'arrivée de la condition (Argt. 1014, al. 2) (3).

2° Incapacité du légataire. — L'article 1043 s'occupe de cette hypothèse. Il est ainsi conçu :

(1) Demolombe, n° 319.
(2) Demolombe, n°s 320, 321, 323.
(3) Demolombe, n° 324.

« La disposition testamentaire sera caduque, lorsque l'héritier institué ou le légataire la répudiera, ou se trouvera incapable de la recueillir. » Comme exemple, on peut citer l'incapacité du légataire condamné à une peine afflictive perpétuelle (L. 31 mai 1854, art. 4). Il s'agit de l'incapacité survenue après la confection du testament; celle qui atteignait déjà le légataire à ce moment est une cause de nullité du legs; mais, la distinction entre la nullité et la caducité importe assez peu au point de vue qui nous occupe.

3° Répudiation du légataire. — Ce cas est régi par le même article 1043 dont le motif est le suivant; nul n'acquiert une libéralité malgré soi: *invito beneficium non præstatur*. — Pour répudier un legs, il faut la même capacité que pour renoncer à une succession. La forme de la renonciation au legs n'a pas été déterminée spécialement; d'où elle reste soumise aux principes du droit commun. En conséquence: *a* la répudiation d'un legs peut être expresse ou tacite, par exemple si le légataire consentait à la vente de son legs ou refusait d'acquitter les charges du legs. Ce sont là surtout des questions de fait; *b* la renonciation expresse ne doit pas être faite nécessairement au greffe du tribunal. L'article 784, C., en effet, n'est relatif qu'à la renonciation d'une succession; il fait de la renonciation un acte solennel qui ne peut par analogie s'étendre d'un cas à un autre (1). Mais MM. Demolombe, Aubry et Rau enseignent que si le legs est universel, l'article 784, civ., es applicable, car le légataire universel est *loco hæredis;* la renonciation

(1) Baudry-Lacantinerie, t. II, n° 627, éd. 1883.

au greffe est même nécessaire pour être opposable aux créanciers héréditaires (1).

Les pactes sur succession future sont interdits (791, civ.); d'où le légataire ne peut refuser son legs, *vivo testatore ;* mais il le peut dès l'instant du décès du disposant, même si le legs est conditionnel, car le légataire peut transiger avec l'héritier, sur son droit conditionnel (2).

La répudiation d'un legs quelconque qui n'a pas été faite au greffe, n'est définitive qu'autant qu'elle a été acceptée par ceux auxquels elle doit profiter (3). D'où, le légataire après avoir répudié, peut accepter si les choses sont encore entières, c'est-à-dire, si la répudiation n'a pas été acceptée par ceux auxquels elle doit profiter, si les légataires ou héritiers n'ont pas accepté les choses refusées par le bénéficiaire de la libéralité. Pourra-t-il également répudier après avoir accepté? Oui, si le legs est fait sans charges, car le donataire entre-vifs le pourrait. Or si le donataire peut renoncer à une donation qui est un contrat, *a fortiori*, le légataire doit pouvoir renoncer au legs accepté seulement par une manifestation unilatérale de sa volonté (4).

B. — Causes qui tiennent à la chose léguée. — L'article 1042 porte : « Le legs sera caduc, si la chose léguée a totalement péri pendant la vie du testateur.

Il en sera de même, si elle a péri depuis sa mort, sans le fait et la faute de l'héritier, quoique celui-ci ait été

(1) Demolombe, t. XXII, n° 327 ; — Aubry et Rau, § 726, p. 531, t. VII.

(2) Baudry-Lacantinerie. t. II, n° 627, éd. 1883 ; — Demolombe, t. XXII, n° 330.

(3) Aubry et Rau, t. VII, p. 531, n° 726.

(4) Demolombe, n° 334.

mis en retard de la délivrer, lorsqu'elle eût également dû périr entre les mains du légataire. » Ce texte qui ne s'applique qu'à un legs ayant pour objet un corps certain et déterminé, ou aux choses incorporelles déterminées, prévoit deux hypothèses: 1° le cas où la chose a péri avant l'ouverture du legs ; 2° celui où elle a péri après.

1re Hypothèse. — L'objet du legs a péri avant la mort du disposant, si le legs est pur et simple, ou avant l'arrivée de la condition, si le legs est conditionnel. — Dans ce cas, le legs est caduc même quant aux accessoires, si la chose a péri en totalité, quelle que soit la nature de la chose, fût-ce une chose incorporelle, v. g. une créance dont le testateur a reçu le montant.

2e Hypothèse. — La chose a péri après l'ouverture du legs, c'est-à-dire après la mort du testateur, si le legs est pur et simple, ou après l'arrivée de la condition, si le legs est conditionnel. L'article 1042, 2e alin., précité, dispose: il en sera de même, etc. La vérité est au contraire qu'il en est tout autrement, comme le remarque M. Demolombe (1). Et en effet, le legs a produit tout son effet; le droit à la chose a été acquis au légataire. Après le *dies cedit*, l'héritier devient un débiteur ordinaire; d'où: 1° l'héritier sera responsable de son fait, sa faute ou sa demeure (1245-1302); 2° le légataire aura droit aux accessoires de la chose: *quod ex re meâ superest, meum est.*

(1) Demolombe, n° 351.

§ 4. — *Effets de la nullité, de la révocation et de la caducité des legs*

La nullité, la révocation et la caducité des legs produisent, en général, les mêmes effets. En principe en effet, tout événement qui empêche le légataire de recueillir sa part, tourne au profit de ceux qui étaient grevés du legs ou au préjudice desquels l'exécution eût eu lieu ; c'est-à-dire que la nullité, la révocation ou la caducité peut profiter selon les cas : 1° aux héritiers légitimes ou aux successeurs irréguliers chargés d'acquitter le legs : ils ne sont plus débiteurs, faute de créancier ; 2° au légataire universel, seul tenu de payer le legs, car la chose léguée est comprise dans le legs universel ; 3° au légataire à titre universel, proportionnellement à la part dont il est tenu dans le legs à payer ; 4° au légataire particulier qui devait payer lui-même un legs en sous-ordre ; 5° au légataire de la nue propriété, si le legs d'usufruit est inutile. Dans ces cas, comme le remarque M. Laurent (1), « ce n'est pas un droit d'accroissement, c'est une charge de moins que le légataire (ou l'héritier) a à supporter ». C'est l'application de la règle plusieurs fois formulée dans la célèbre constitution *de Cad. toll.*, C., VI, 51, notamment dans le § 8 : « *Manere oportet hoc quod fuerit defectum apud eos a quibus sit derelictum.* »

Mais cette règle cesse : 1° si le testateur a fait a une substitution vulgaire (Art. 898), car alors il n'y a pas de part vacante et le substitué prend la place du légataire défaillant ; *b.* ou une substitution fidéicommissaire, car

(1) Laurent, t. XIV, n° 393.

celle-ci contient une substitution vulgaire; *c.* ou a légué conjointement, une même chose, à plusieurs légataires, c'est-à-dire, s'il les a appelés solidairement, de sorte qu'en cas de concours, il y ait partage, et, accroissement ou plutôt non-décroissement au profit du restant, en cas de défaillance de l'autre appelé.

— Le droit d'accroissement repose sur la volonté du testateur, qui, en léguant la même chose à plusieurs, a montré qu'il préférait ses légataires à ses héritiers. Mais comment connaître cette volonté, en dehors des cas où elle est expressément formulée? C'est là une question d'interprétation. Pour la résoudre, il faut recourir aux termes du legs et examiner si la même chose a été léguée aux deux légataires indivisément et solidairement: *tota legata singulis data esse partes autem concursu fieri;* d'un mot, il faut voir si les légataires sont « *collègues* », sont conjoints. Le code indique dans quels cas un legs est censé fait conjointement; il établit certaines présomptions qui peuvent cesser devant une volonté contraire manifestée par le testateur. Dans quelles hypothèses y a-t-il lieu au droit d'accroissement? Quand un legs est-il réputé fait conjointement?

Remarquons tout d'abord que les articles 1044 et 1045 qui sont le siège de la matière, n'ont pas pour objet de donner au testateur le droit d'établir l'accroissement, ainsi que l'observe justement Coin Delisle sur les articles 1044 et 1045 (1) : il le tient du droit de tester; mais, de fixer les hypothèses dans lesquelles il y a présomption légale que le testateur a entendu établir le droit d'accroissement. Ils ne disent pas, comme le projet,

(1) Coin-Delisle, sur 1044 et 1045, n° 3.

qu'il n'y aura lieu à accroissement que dans tel ou tel cas ; mais au contraire, ils précisent les cas où il est défendu aux juges de refuser le droit d'accroissement. Il s'agit de rechercher, quand elle n'a pas été formellement exprimée, quelle a été la volonté du testateur, souveraine en cette matière. Passons en revue les diverses conjonctions.

CHAPITRE II

EXPLICATION DES ART. 1044-1045. — DES DIVERSES CONJONCTIONS

§ 1. — *Conjonction mixte* (re et verbis)

Consultons l'article 1044 : « Il y aura lieu à accroissement au profit des légataires dans le cas où le legs sera fait à plusieurs conjointement.

Le legs sera réputé fait conjointement, lorsqu'il le sera par une seule et même disposition, et que le testateur n'aura pas assigné la part de chacun des colégataires dans la chose léguée ».

De ce texte, il résulte que la conjonction sera présumée et que l'accroissement aura lieu, si l'unité se trouve dans le discours et dans la chose. Nous rencontrons dans la conjonction *re et verbis* l'identité de chose léguée et la solidarité de vocation. C'est de l'identité de chose léguée (*eadem res*) que résulte la solidarité des légataires et la relation qui existe entre eux. Il n'y a pas à distinguer la nature de la chose, car le code ne distingue pas : qu'il s'agisse d'une chose corporelle ou incorporelle, d'un corps certain ou d'une quantité, l'accroissement aura lieu. Cette solution était admise dans notre ancien droit, notamment par Pothier (1). Le célèbre juriscon-

(1) Pothier, *Don. et test.*, n[s] 347 et s.

sulte d'Orléans, posant le principe qui contient à lui seul toute la théorie du droit d'accroissement, disait en effet : « Il n'y a lieu au droit d'accroissement qu'entre ceux qui sont légataires de la même chose, ou de la même somme, chacun pour le total. »

L'article 1044 dit : « Le legs sera réputé fait *conjointement* ». L'expression n'est peut-être pas très exacte, car la conjonction est certaine, ce qu'il y a d'incertain, c'est l'intention du testateur et le point de savoir s'il veut que la part du légataire défaillant profite à son colégataire. C'est probable, et c'est pourquoi le législateur présume que telle est la volonté du disposant (1).

L'article 1044 *in fine*, exclut le droit d'accroissement lorsque les légataires sont conjoints *verbis tantum*. Sur ce point, comme sur le point précédent relatif à la conjonction mixte, le législateur a suivi les principes du droit romain et de l'ancien droit.

§ 2. — *Conjonction verbale* (verbis tantum)

Nous venons de dire que le droit d'accroissement est repoussé dans la conjonction verbale. C'est avec raison. En effet la vocation des légataires est fractionnée, il n'y a pas identité de chose léguée, chacun est appelé *ab initio* à une part distincte. Mais que faut-il entendre par assignation de parts, et quel est exactement son effet quant au droit d'accroissement ?

C'est ici qu'apparaît une grande divergence d'opinions entre les auteurs, divergence que les rédacteurs du code voulaient éviter.

(1) Laurent, t. XIV, n° 304.

I. — Dans un premier système soutenu par des auteurs d'un grand mérite (1), l'assignation de parts n'existe pas dans le sens de l'article 1044, si les termes du testament n'ont pour but que de régler les conséquences du partage, par exemple, si le testateur en assignant des parts a voulu seulement que le partage se fît non par tête mais par branche, comme dans l'espèce de l'arrêt de la Cour de Cassation du 18 décembre 1832 (Devill., 33, 1, 36) : « Quant à la propriété de la dite ferme, il en sera fait trois lots et partage par égales portions entre les légataires neveu et nièces ci-dessus nommés, pour en revenir en toute propriété et jouissance un tiers à chacune desdites branches ». « Attendu, dit la Cour, que ces expressions : pour en revenir en toute propriété et jouissance un tiers à chacune desdites branches, ne se réfèrent qu'à l'exécution du legs. »

Au contraire, si le testateur a voulu assigner des parts et non indiquer un simple fait d'exécution, l'accroissement n'est pas admis. C'est ce qu'a reconnu la Cour de Cassation dans l'arrêt du 19 janvier 1830. (Devill., 1830, 1, 73); « Attendu que le testateur avait assigné la part de chacun d'eux dans le legs. » Le testament portait : « Je donne et lègue aux sieurs Martin Rollin, mes cousins, la somme de 3 000 francs à diviser entre eux par portions égales. »

Ce système se fonde sur la considération suivante: Dans le cas où l'assignation se réfère à l'institution, il y a autant de legs que de parts ; or, un légataire ne peut recueillir, *jure accrescendi* plus qu'il ne lui a été légué :

(1) V. g. Merlin, Rép., v° *Acc.*, n° 2 ; — Favard de Langlade, Rép., v° *Acc.*, n° 5, sect. III, § 3 ; — Duranton, n°s 504 et s. ; — Troplong, n° 2174 ; — Toullier-Duvergier, n° 691, Dall., alp., v° *Acc.*, n° 4413.

jus accrescendi non ideo introductum est, ut plus habeat legatarius quam testator dare voluit, sed ne minus habeat, dit Cujas. Dans le cas où l'assignation porte sur l'exécution, il n'y a pas de limitation de parts, la conjonction subsiste; dès lors, l'accroissement est possible. Le droit d'accroissement repose principalement sur la volonté du testateur, aussi l'interprétation joue un grand rôle en cette matière. Or, il est certain que le disposant aurait pu déclarer en termes exprès que la division des parts n'empêcherait pas l'accroissement. Eh bien! la même volonté ne peut-elle pas être exprimée tacitement? *Eadem vis est taciti atque expressi.* On objecte que si l'assignation de parts n'est qu'une clause accessoire ayant pour but de régler le partage, elle est inutile; mais il vaut mieux accepter cette conséquence que de s'exposer d'aller contre la volonté du défunt.

Un auteur (1) pense que l'assignation de parts aliquotes, même égales, à chacun des légataires, comme la moitié, le tiers, le quart, opère division et fait obstacle à l'accroissement; mais que la simple déclaration de droits égaux dans la chose ne porte que sur le partage et non sur l'institution. C'est formuler des solutions qui devraient être résolues par le juge et suivant les circonstances plutôt que d'une façon uniforme et *a priori* (2). Par exemple, dans le cas suivant : je lègue à Primus et à Secundus ma terre de..., à Primus, la partie à droite de la route, et à Secundus la partie à gauche. Ici, selon Duranton (3), il y a deux legs distincts, pour les choses comme pour les personnes, d'où pas de droit d'accrois-

(1) Duranton, n° 507.
(2) Mourlon, n° 896.
(3) Duranton, n° 502.

sement. De même dans le cas où le testateur, tout en unissant les légataires par la même phrase, leur aurait assigné des parts aliquotes inégales, comme le tiers à l'un, les deux tiers à l'autre, car dit-il, il y a division de la disposition; de sorte qu'on ne peut affirmer qu'il a donné à chacun, ce qu'il a donné à l'autre.

En résumé, dans ce premier système qui compte de graves autorités et des arrêts nombreux (1), il faut distinguer entre le cas où la déclaration de parts porte sur l'exécution de la disposition, du droit, c'est-à-dire le partage, et le cas où la déclaration porte sur la disposition, sur le droit lui-même et limite le bienfait. L'accroissement n'a pas lieu dans ce dernier cas.

II. — D'après une deuxième opinion, s'attachant à la rigueur des termes du testament, l'accroissement n'a pas lieu dès qu'il y a indication de parts. La loi en effet ne distingue pas comment est faite l'assignation. Or, où la loi ne distingue pas, nous ne devons pas distinguer davantage. Distinguer suivant que l'assignation de parts paraît régler la vocation plutôt que l'exécution, c'est faire revivre en cette matière les anciennes controverses que le code a voulu tarir dans leur source. C'est donner à l'arrangement des mots trop d'importance, c'est violer cette règle d'interprétation qui ordonne d'accepter comme sens exact celui qui se dégage de l'ensemble de l'acte. En outre, si la limitation des parts n'a pas pour effet d'exclure le droit d'accroissement, mais seulement de régler le partage, elle est manifestement inutile, car les principes généraux du droit suffisent à régler ce partage. Enfin Pothier, le guide ordinaire des rédacteurs du code, rejetait l'ac-

(1) V. g. Aix, 17 mars 1858, S. 59, 2, 223, et D. 59, 2, 51, et les renvois.

croissement, si le legs était suivi de ces mots : par égales portions (1).

« Honneur et grâces soient donc rendus aux immortels auteurs du Code, qui ont voulu dégager la marche de la justice des embarras de toutes ces vaines argumentations, en décrétant généralement qu'il n'y aurait pas accroissement là où il y aurait assignation de parts, d'une manière quelconque (2). »

En droit, ce système, défendu par des jurisconsultes éminents (3), nous paraît fondé sur les raisons les plus sérieuses et il faut reconnaître qu'en fait, il est souvent difficile de séparer nettement la clause qui confère le droit et la clause qui se rapporte seulement à l'exécution. En effet, si on compare la rédaction des legs où l'accroissement est admis, avec la rédaction des legs où l'accroissement est exclu, on n'aperçoit qu'une nuance très délicate (4). La jurisprudence admet l'accroissement, si le testateur a ajouté à sa disposition ces mots : *par parts égales*; elle le rejette, si le testateur a écrit ces mots : *par moitié*. Or, aux yeux des testateurs, les deux expressions n'ont-elles pas le même sens, et ne serait-il pas subtil de distinguer entre elles? Oui. C'est donc aller souvent contre leur volonté que de voir entre elles une différence.

L'accroissement est plutôt une question de fait que de droit, aussi nous préférons nous rallier à un troisième système qui se rapproche du premier, mais qui est plus large.

(1) Pothier, n° 349, *Don. et test.*

(2) Proudhon, *Usuf.*, n° 666.

(3) Du Caurroy, *Thém.*, t. VI, p. 317 et s. ; — Proudhon, *Usuf.*, n°s 709 et s. ; — Colmet de S., n°s 199 bis, VI ; — Grenier, t. II, n° 350.

(4) Labbé, note sous Cass., 18 juin 1878, S. 79, 1, 193.

III.—Dans cette troisième opinion, la question de savoir s'il y a assignation de parts dans le sens de l'article 1044, est une pure question de fait et d'interprétation qui doit être résolue souverainement par les juges, suivant les circonstances de la cause. « Gardez-vous de poser ici, *a priori*, une règle inflexible qui serait fausse 99 fois sur 100, » dit Marcadé (1). La différence qu'on veut établir entre cette formule et qui est exacte en droit : « Je lègue ma ferme à Primus et à Secundus, chacun pour moitié » et, celle-ci : je lègue ma ferme à Primus et à Secundus pour se la partager par moitié « serait insaisissable pour les 9/10 des citoyens, ajoute le même auteur, puisque tout gît ici dans l'intention (2) ». Ainsi il ne faut pas regarder la détermination de parts comme nécessairement exclusive de la conjonction et par suite du droit d'accroissement. Il faut voir si le testateur a préféré ses légataires à ses héritiers légitimes.

La loi n'a pas défini la valeur de cette expression : assignation de parts. Les juges peuvent donc décider que la formule contient ou non une limitation de parts, et alors, ils auront mal jugé, si leur décision ne découle pas des termes du testament ou des circonstances de la cause ; mais, ils n'auront pu violer la loi (3). La loi

(1) Marcadé, n° 3, p. 151, t. IV.

(2) « Les formules auxquelles on s'attachait dans l'ancien droit, et que le C. Nap. reproduit implicitement, ont un grand danger, c'est que la plupart des testateurs ne les comprennent pas. Demandez-leur ce que c'est que la conjonction, et quand un legs est fait conjointement à plusieurs colégataires, ils ne vous comprendront pas. Si donc on induit leur intention d'une formule dont ils se sont servis, on risque de leur faire dire ce qu'ils n'ont pas voulu dire. Mieux vaut laisser les formules en s'en tenant à la volonté, qui d'ordinaire n'est pas douteuse. » Laurent, *Avant-projet de révision du Code civil*, t. III, p. 407, n° 2.

(3) Coin-Delisle, n° 7.

admet l'accroissement quand il n'y a pas assignation de parts, la Cour d'appel peut donc refuser l'accroissement, en reconnaissant, à tort ou à raison, que l'assignation de parts existe (1). C'est une question d'intention de savoir s'il y a ou non assignation de parts, c'est une question d'appréciation, la Cour suprême ne peut donc avoir à la décider. Ce sentiment de Coin-Delisle et de Marcadé n'est pas partagé par Troplong : « S'agissant de disposition testamentaire dit cet auteur, la Cour de Cassation a le droit de pénétrer dans l'appréciation des termes du testament pour redresser des erreurs qui pourraient porter atteinte à la volonté des mourants placée sous l'égide du droit public et de la loi (2). »

La doctrine admise généralement aujourd'hui est la suivante : En principe les juges du fond sont souverains pour déterminer la volonté du testateur et l'étendue du legs ; mais leur pouvoir ne va pas jusqu'à dénaturer le sens d'une disposition claire et précise et à modifier l'économie d'une disposition testamentaire, sous prétexte de se conformer à la volonté du défunt (3). Cette restriction porte une atteinte sérieuse au principe.

Consultons maintenant la jurisprudence. Elle est favorable au troisième système que nous croyons devoir adopter, et elle tend à admettre le droit d'accroissement malgré l'assignation de parts, toutes les fois qu'il paraît que le testateur l'a voulu.

Deux arrêts, celui de la Cour de Turin du 23 août 1808 (4) et celui de la cour de cassation du 18 mai

(1) Marcadé, n° 3.
(2) Troplong, n° 2177.
(3) Nancy, 30 juin 1888, Sir. 89, 2, 5 ; — Cass., 3 janv. 1888, S. 88, 1, 116.
(4) Turin, 23 août 1808, D. alp., v° *Acc.*, n° 4413, 1°, affaire Dubois.

1825 (1) décident que lorsqu'un testateur a institué deux héritiers, chacun pour moitié, il n'y a pas lieu à accroissement; mais le dernier se base sur la volonté du testateur, ce qui revient à dire que l'accroissement est avant tout une question d'intention.

L'arrêt de la Cour de Douai (2) juge dans le même sens, que l'accroissement n'a pas lieu, parce que l'assignation de parts porte sur l'institution même, lorsqu'un testateur a légué diverses pièces de terre, à deux personnes, pour moitié entre elles ; mais il adopte aussi les motifs du jugement tirés de la volonté du défunt, ce qui montre encore que l'intention joue en cette matière, le rôle principal, et la loi un rôle secondaire.

L'arrêt de rejet du 19 février 1861 (3) juge qu'il y a assignation de parts dans la disposition par laquelle le testateur déclare léguer, par moitié, l'universalité de ses biens; mais il apprécie la volonté du disposant d'après les circonstances. « Ainsi, dit M. Laurent, l'intention des parties est prise en considération, aussi bien que la disposition de la loi : en définitive, la désignation des parts des légataires n'est pas un motif absolu de décider, elle n'est invoquée que comme exprimant l'intention du testateur (4). »

Le 27 mars 1876, la Cour suprême conclut, en se fondant également sur l'intention du testateur, que cette formule « j'institue pour mes légataires universels con-

(1) Cass., 18 mai 1825 ; Guedney, D. alph., v° *Acc.*, n° 4413, et D. P. 1825, 1, 321.

(2) Douai, 6 août 1846, Lucien Grigny, C. Delaunay, S. 48, 2, 252, D. 48, 2, 121.

(3) Rej, 19 févr. 1861, S. 1861, 1, 421; D. 1861, 1, 261.

(4) Laurent, t. XIV, n° 307.

jointement entre eux », est exclusive du droit d'accroissement (1).

L'arrêt du 19 octobre 1808 (2), décide que le testateur qui nomme, par une seule et même disposition, plusieurs individus pour ses héritiers universels et généraux, établit une institution conjonctive et ne fait pas une assignation de parts, en ajoutant : « Pour jouir et disposer de la dite hérédité par égales parties ». Cet arrêt fait une saine appréciation de la volonté du testateur, mais non de l'article 1044.

La Cour de Pau n'admettait pas qu'on dût distinguer la place de l'assignation, mais la Cour de Cassation, par arrêt du 14 mars 1815 (3), cassa cette décision, parce qu'elle violait en fait l'intention du testateur.

Dans l'arrêt de rejet du 9 mars 1857 (4), rendu sur les conclusions de Bayle Mouillard, « la Cour de Cassation insiste de plus en plus sur l'intention du testateur ; la loi disparaît, c'est la volonté du disposant qui en tient lieu (5) ».

Enfin, l'arrêt de rejet du 29 janvier 1868 (6) est le plus significatif, dans le sens que tout dépend de l'intention du testateur. Il décide que l'article 1044 crée une simple présomption légale qui ne met pas obstacle à ce que, malgré l'assignation de parts, le legs soit déclaré susceptible d'accroissement par interprétation de la volonté du testateur. Ainsi, l'assignation de parts n'est pas exclusive

(1) Cass., 27 mars 1876, S. 76, 1, 217.
(2) Cass., 19 oct. 1808, D. alph., v° *Acc.*, n° 4414, 1°.
(3) Cass., 14 mars 1815, D. l. c., n° 4414, 3°.
(4) Rej, 9 mars 1857, D. 57, 1, 213.
(5) Laurent, t. XIV, n° 308.
(6) Cass., Ch. des Req., 27 janv. 1868, D. 1869, 1, 409; S. 68, 1, 54, notes.

de l'accroissement, lorsqu'il résulte des termes du testament, souverainement interprétés, que le testateur a entendu faire de chacun des colégataires qu'il qualifie, par exemple, d'héritiers, un légataire universel, appelé éventuellement à la totalité du legs, et que l'indication de parts n'était, dans sa volonté, qu'une simple distribution de ce legs qui en laissait subsister le caractère universel. Cet arrêt de la Chambre des requêtes a été rendu dans les circonstances suivantes : Le sieur Hermil est décédé le 26 novembre 1864, laissant un testament olographe, daté du 12 mai 1856, contenant cette disposition : « J'institue pour héritiers, après la mort de mon épouse, légataire universelle en usufruit, mes neveux et nièces ci-après nommés, dans les proportions suivantes : à Clotilde Hermil, épouse Moras, un quart; à Magdeleine Collier, épouse Bertrand, et à Joséphine Collier, épouse Blais, chacune un huitième; à François Blais, à Thérèse Blais, veuve Bellier, à Françoise Blais, épouse Bouchard, à André Blais, à Clémentine Blais, épouse Finot, chacun un dixième. »

André Blais décède avant le testateur. Les consorts Rey, héritiers naturels, réclament le dixième donné à Blais. Les légataires institués prétendent, au contraire, que ce dixième doit leur revenir, par voie d'accroissement, en qualité de légataires universels.

Le 26 juin 1865, le tribunal de Valence décida qu'il y aurait lieu à accroissement :

« Attendu qu'en l'absence d'héritiers à réserve, l'homme peut disposer à son gré de tous ses biens, soit par acte entre-vifs ou par testament ; — attendu que la volonté du testateur a force de loi, et qu'il y a lieu de la respecter lorsqu'elle est manifestée d'une manière non

équivoque ; — attendu que le droit d'accroissement entre légataires est lui-même basé sur la volonté du testateur, soit qu'elle ait été directement exprimée, soit qu'elle s'en induise de présomptions ; — attendu que si l'art. 1044 admet dans un cas donné une présomption de volonté du testateur, il ne saurait exclure d'autres manifestations de cette même volonté ; — attendu que par son testament du 12 mai 1856, alors que le sieur Hermil, après avoir donné la jouissance entière de ses biens à sa femme, institue pour héritiers, après la mort de celle-ci, les neveux et nièces ci-après dénommés, il attribue évidemment à ses neveux et nièces la nue-propriété de la même universalité des biens dont il vient de léguer l'usufruit à sa femme ; — attendu que le testateur l'entend évidemment ainsi... le sieur Hermil ayant clairement exprimé la volonté de distribuer tous ses biens... il est manifeste qu'il a eu l'intention de les exclure... — attendu que cette intention est le résultat d'une volonté persévérante ayant sa cause présumée dans les circonstances révélées aux débats... que la volonté du testateur n'étant pas douteuse. »

Sur l'appel des consorts Rey, arrêt confirmatif de la Cour de Grenoble du 20 mars 1866 : « Attendu que l'institution au profit des neveux et des nièces dénommés au testament est corrélative du legs d'usufruit fait au profit de la femme du testateur, qui comprend expressément tous les biens qui existeront au décès, c'est-à-dire que le testateur lègue à ses neveux et nièces la même universalité de biens dont il donne la jouissance à sa femme, ce qui aux termes de l'article 1003 caractérise le legs universel ; — attendu que le caractère de legs universel ressort encore des expressions : j'institue pour mes

héritiers... expressions... qui dénotent la pensée de la conjonction ; — attendu que... il n'est pas moins vrai de dire que l'intention du testateur d'exclure ces derniers, résultant des documents produits au procès, confirme singulièrement l'interprétation du testament dans le sens du legs universel fait conjointement aux intéressés, — Adoptant au surplus les motifs des premiers juges. »

Pourvoi des consorts Rey, pour violation de l'art. 1044, en ce que l'arrêt attaqué a décidé qu'il y avait accroissement au profit des légataires institués dans le testament renfermant à leur profit assignation de part.

Arrêt. La Cour : «... Attendu qu'après avoir recherché l'intention du testateur dans les termes du testament et dans le rapprochement de ses diverses clauses, le juge du fond déclare qu'il a été dans l'intention du sieur Hermil d'exclure absolument et dans tous les cas les consorts Rey et que dans sa pensée, l'indication de parts qui accompagne le legs fait conjointement aux neveux et nièces dénommés n'était qu'une simple distribution du legs universel sus-énoncé, qui n'empêchait pas que chaque institué ne fût légataire universel et par suite éventuellement appelé à recueillir l'universalité de la succession ; — qu'une telle interprétation fondée sur les termes mêmes du testament, et se trouvant conforme aux divers documents du procès, rentre dans le pouvoir souverain du juge, et ne peut tomber sous la révision de la Cour ; — attendu que le code n'ayant pas édicté en matière d'accroissement, de formules sacramentelles et exclusives, la volonté du testateur doit produire les mêmes effets, soit qu'elle soit formellement exprimée, soit qu'elle se déduise de l'ensemble de ses dispositions... »

Il résulte donc de cet arrêt et de ceux qui précèdent,

que le droit d'accroissement est avant tout une question d'intention et que l'assignation de parts ne suffit pas par elle seule, à faire rejeter le droit d'accroissement. « Cette décision, dit M. Laurent, en parlant de l'arrêt précité, n'est rien moins qu'un changement de jurisprudence : on maintient en apparence la distinction entre l'assignation de parts qui tombe sur la disposition et l'assignation de parts qui tombe sur l'exécution ; mais en réalité on décide, non d'après la formule, mais d'après l'intention du disposant. C'est le vrai principe (1). »

Les Cours d'appel recherchent aussi l'intention du testateur et se fondent sur l'ensemble des circonstances pour admettre ou rejeter l'accroissement. Elles adoptent ainsi la jurisprudence de la Cour de Cassation (2).

En résumé, dans ce troisième système, la seule chose à laquelle il faut s'attacher, c'est à pénétrer l'intention véritable ou présumée du testateur, d'après la contexture de la clause litigieuse et l'ensemble des dispositions du testament sans considérer la détermination de parts comme forcément exclusive du droit d'accroissement (3). L'art. 1044, comme aussi l'art. 1045, n'est qu'interprétatif de la volonté probable du testateur. Dès lors, si les juges du fond ont motivé leur décision sur l'intention patente du disposant, la Cour suprême passera sur l'essai plus ou moins subtil de mettre la décision en harmonie avec les textes, comme le remarque justement M. Labbé,

(1) Laurent, t. XIV, n° 311.

(2) Pau, 18 décembre 1834, D. n° 4414, 4° ; — Aix, 14 décembre 1832, D. n° 4414, 7°.

(3) D'Hauthuille, p. 192 et s. ; — Marcadé, t. IV, p. 150, n° 3 ; — Coin-Delisle, n°s 6 et 7 ; — Laurent, t. XIV, n°s 305 et s., surtout n° 308 ; — Labbé, sous Cass., 18 juin 1878 ; S. 79, 1. 193 ; — Demolombe, n°s 373 et 385 ; — Aubry et Rau, t. VII, p. 541, § 726, textes et notes 45 et 46.

dans son excellente note sous l'arrêt de cass. du 18 juin 1878, dont nous parlerons bientôt.

§ 3. — *Conjonction réelle* (re tantum)

Le législateur de 1804 a répudié l'héritage que lui avait légué le droit romain et l'ancien droit. En effet l'acceptation des mots est changée. Pour que l'accroissement ait lieu, il faut que le legs soit fait conjointement. C'est ce que contiennent les articles 1044 et 1045 ; mais ils déclarent : que le legs fait à plusieurs, par une seule et même disposition, avec assignation de parts, n'est pas fait conjointement ; et que le legs de la même chose fait à plusieurs, séparément, c'est-à-dire par des formules distinctes, est fait conjointement dans le cas où la chose léguée est difficilement partageable. « Mais ceci n'est, ni plus ni moins, que le contre-pied de toute la terminologie ancienne », dit M. Demolombe (1) auquel nous empruntons ce développement. Un legs fait à plusieurs, de la même chose par une seule et même disposition, avec assignation de parts, exclut le droit d'accroissement, mais il est fait conjointement, les légataires sont conjoints *verbis tantum*. Le legs fait à plusieurs, de la même chose, par des formules séparées, est considéré comme fait disjointement, les deux légataires sont conjoints *re*, mais il y a en réalité deux legs et non pas un seul legs fait conjointement. « Ce sens nouveau, donné à des termes, dont la signification était consacrée par des traditions séculaires, a singulièrement contribué à jeter encore plus

(1) Demolombe, n° 366.

d'obscurité dans ce sujet déjà si ténébreux, d'autant plus que l'ancienne signification, loin d'avoir rien d'arbitraire, était, au contraire, le résultat, logiquement et grammaticalement exact, de la savante analyse qui en avait été faite. Aussi qu'est-il arrivé? C'est que cette terminologie et la triple classification qu'elle représente, n'ont pas cessé d'avoir cours dans la doctrine et dans la pratique (1) ».

M. Colmet de Santerre, au contraire, approuve le législateur de 1804 « d'avoir débarrassé la matière des expressions latines, qui désignaient les trois espèces de conjonctions (2) ».

Voilà pour la forme. Quant au fond, il faut reconnaître également que les règles du droit d'accroissement ont été modifiées dans l'article 1045 qui est relatif à la conjonction objective. Jusque-là en effet, l'accroissement était admis au profit des légataires *conjuncti re tantum*, indépendamment du plus ou moins de facilité de diviser l'objet légué, car le droit d'accroissement procède de la solidarité de vocation et cette solidarité apparaît très visiblement dans la conjonction réelle : chacun des légataires est appelé individuellement à la totalité de l'objet légué. Mais les rédacteurs du Code ont pensé sans doute, comme le remarque Troplong (3), que la volonté d'opérer l'accroissement se fortifie de ce que la circonstance de l'indivisibilité est réunie à la conjonction *re tantum*. « Dans ce cas, dit Grenier, l'accroissement prend son principe dans l'indivisibilité, qui fait présumer dans l'intention du testateur, une espèce de solidarité entre les

(1) Demolombe, n° 366.
(2) Colmet de Santerre, n° 193 bis, *in fine*.
(3) Troplong, n° 2171.

légataires (1) ». Mais il faut convenir cependant, que cette circonstance est assez insignifiante en elle-même, puisque le testateur est libre d'admettre l'accroissement, quand la chose est susceptible de division, et de le rejeter au contraire, quand la chose est indivisible. Est-il bien rationnel de déterminer l'étendue d'une libéralité « non d'après l'intention du testateur, mais d'après la qualité, la forme ou la nature de l'objet (2) » ? Par exemple, si le testateur lègue une maison, il sera réputé n'en avoir voulu léguer qu'une fraction à chaque légataire, si elle n'est trop difficilement partageable ; il sera présumé avoir voulu la léguer en entier à chacun, si elle n'est divisible sans détérioration, c'est-à-dire sans diminution notable de valeur, ce qui est une question de fait à résoudre par le juge. Ajoutons que la volonté du testateur de faire profiter le légataire de la défaillance de l'autre colégataire devait être présumée plutôt dans la conjonction objective (*re*) où chacun est appelé à la totalité par la formule même, que dans la conjonction mixte (*re et verbis*) où la disposition conduit nécessairement à une division de parts, à un partage ; et cependant, le code ne tient aucun compte de la plus ou moins grande divisibilité de l'objet, quand il s'agit de la conjonction mixte où le testateur, comme nous le disons, paraît avoir appelé son légataire à un partage.

Aussi de l'avis de tous les auteurs, sauf Toullier, il y a dans ce texte (1045) une erreur législative, et l'influence des mots l'a emporté sur le bon sens. Mais, comme le fait observer judicieusement le savant doyen de la Faculté de Bordeaux, « on peut s'en consoler, en songeant

(1) Grenier, n° 351.
(2) Mourlon, n° 894.

que la conjonction *re tantum* paraît à peu près inconnue dans la pratique : c'est du moins ce que l'on peut induire, presqu'avec certitude, de l'absence de toute décision judiciaire sur ce point » (1). Voici le passage de Toullier dont nous parlions à l'instant : « Cette limitation mise par le code au droit d'accroissement accordé autrefois sans distinction aux légataires conjoints par la chose seulement, est conforme à la raison. Il ne paraissait pas juste de leur supposer, dans l'intention du testateur, des droits aussi étendus qu'aux légataires par la chose et par les paroles (2). » On reconnaît dans ces derniers mots l'influence funeste de la loi 89, D. *de leg.*, 3°, XXXII : *præfertur igitur omnimodo cæteris, qui re et verbis conjunctus est.* Le continuateur de Toullier, Duvergier, note que cette raison n'est pas suffisante et que cette limitation ne se justifie par aucun motif raisonnable ; aussi devrait-on la supprimer, en revenant à la décision du droit romain ou de l'ancien droit.

Le texte de l'article 1045 qui détermine l'effet de la conjonction *re tantum* exige plusieurs conditions pour que l'accroissement se produise : outre l'indivisibilité de l'objet, il faut encore que les deux legs de la même chose aient été faits, à plusieurs, dans le même acte, c'est-à-dire dans le même testament ; si non, on devrait présumer la volonté de révoquer le premier legs par le second (3).

(1) Baudry-Lacantinerie, t. II, 635, 3e éd.

« L'hypothèse (de la conjonction re tantum) est empruntée au droit romain, cela prouve que nos mœurs ont changé, et que l'on ferait bien de laisser de côté, en cette matière, les distinctions des jurisconsultes romains », Laurent, *Avant-projet de révision du Code civil*, t. III, p. 407, n° 4, *in fine*.

(2) Toullier-Duvergier, nos 686 et 688.

(3) Demolombe, n° 379.

Dans le cas de l'article 1044 relatif à la conjonction mixte, pour que l'accroissement puisse avoir lieu, il faut : 1° Que le legs ait été fait à plusieurs ; 2° d'une même chose ; 3° par une seule et même disposition ; 4° sans assignation de parts ; 5° enfin, que l'un des colégataires fasse défaut.

Deux éminents jurisconsultes ont tenté une autre explication des articles 1044 et 1045.

I. — Système de Proudhon. — La doctrine de Proudhon a été exposée et réfutée, pour la première fois, par Du Caurroy (1) ; puis par Holtius (2), et les auteurs qui ont commenté les articles dont nous nous occupons.

Selon Proudhon (3), les rédacteurs du Code ne se sont pas occupés de la conjonction *re tantum* et ils n'avaient pas à s'en occuper, parce que chacun des appelés a vocation, par la disjonction même, à la totalité de l'objet légué : chacun a un droit de non-décroissement qu'il tient directement de la volonté du testateur. Mais le droit d'accroissement qui résulte de la conjonction mixte, est l'œuvre de la loi positive. Il n'existerait pas, si elle ne l'avait établi. Les auteurs du code avaient donc à en décréter l'usage pour qu'il fût maintenu. Dans la conjonction *re et verbis*, la vocation à la totalité est plutôt présumée qu'expresse. L'article 1044 pose en principe que l'accroissement a lieu, si les colégataires sont conjoints *re et verbis;* mais qu'il n'a pas lieu, s'ils sont conjoints *verbis tantum*. L'article 1045 apporte une dérogation à cette doctrine : l'accroissement a lieu, même dans

(1) Du Caurroy, *Thémis*, t. VI, p. 317 et s.
(2) Holtius, *Thémis*, t. X, p. 338 et s.
(3) Proudhon, *Usuf.*, n° 702 et s.

la conjonction *verbis tantum*, si la chose n'est pas susceptible d'être divisée sans détérioration ; c'est-à-dire, qu'en principe, il n'y a pas de conjonction quand un même objet a été légué à plusieurs avec assignation de parts; mais par exception, il y a conjonction et par suite accroissement, malgré l'assignation de parts, si la chose ne peut se diviser sans détérioration. Le savant auteur du *Traité des droits d'usufruit, d'usage et d'habitation* traduit ainsi l'article 1045 : Le legs sera encore réputé fait conjointement, quand une chose qui n'est pas susceptible d'être divisée sans détérioration aura été donnée, par la même disposition, à plusieurs personnes, même avec assignation de parts (1). Ainsi, d'après Proudhon, l'accroissement, toujours admis entre les conjoints *re et verbis*, dépendrait entre les conjoints *verbis tantum*, de la nature de l'objet légué. Quant aux conjoints *re*, ils sont admis à l'accroissement, par cela seul que le code civil n'exclut pas la conjonction *re*, permettant à chacun de conserver son droit *jure non decrescendi*.

Cette explication ingénieuse « absout » le Code civil d'une contradiction manifeste dans le système de la loi et d'une absurdité choquante dans sa disposition, deux points que Proudhon a parfaitement mis en lumière (2).

a. D'une contradiction. — En effet, supposons un légataire universel en concours avec un légataire particulier, la caducité de celui-ci profite *jure non decrescendi* au premier, parce que le tout lui avait été légué. Supposons au contraire, un légataire universel en concours avec un légataire universel, ou deux légataires à titre universel

(1) Proudhon, n° 743.
(2) Id., n° 745 à 748.

de la même quote, ou deux légataires à titre particulier d'un même objet divisible; les uns et les autres *conjuncti re tantum* : Chaque colégataire restant a droit au tout, en vertu de son titre même, comme dans le premier cas, et, il ne pourra cependant pas bénéficier du droit d'accroissement. C'est précisément pour éviter ce résultat bizarre que les auteurs et la jurisprudence soustraient à l'application de nos articles, les legs d'universalité, ainsi que nous le verrons bientôt.

b. D'une absurdité. — En effet l'accroissement a lieu dans le cas de conjonction mixte parce que, par faveur pour les actes de dernière volonté, le législateur présume que le disposant a voulu donner le tout à chacun, comme s'il eût disposé par des clauses distinctes, c'est-à-dire, en supposant la conjonction réelle dans la conjonction mixte. Or, la conjonction réelle étant seule, étant expresse n'a plus la force de produire l'accroissement, force qu'elle communique à la conjonction mixte qni est censée la contenir implicitement.

Réfutation. — Cette explication proposée par Proudhon prête au législateur une répétition, car, dans deux textes il parlerait de la conjonction *re et verbis*, et une omission, car il ne parlerait pas de la conjonction *re tantum*. Or, il n'est guère soutenable que les rédacteurs du Code aient passé sous silence la conjonction *re tantum;* elle est en effet inséparable des deux autres conjonctions. — De plus, la rédaction proposée est purement arbitraire et fait violence au texte : le mot séparement (*disjunctim*) fait antithèse au mot conjointement (*conjunctim*) de l'article 1044. Or, ce mot conjointement signifie : par une seule et même phrase ; legs fait séparément signifie

donc : legs fait par des phrases distinctes et séparées. — Le mot acte a toujours désigné le testament et n'a jamais eu le sens de phrase du testament. — Enfin, il serait contraire à la volonté du testateur qui ne donne droit qu'à une fraction, que l'un des légataires conjoints *verbis tantum* eût la part du légataire défaillant, par cela seul que la chose est indivisible : une usine par exemple, ou un animal. En effet jamais le droit d'accroissement ne doit avoir pour résultat de faire obtenir au-delà de l'avantage fixé par la disposition du testateur. C'est cependant ce qui arriverait dans le système que nous repoussons à la suite de tous les auteurs. L'indivisibilité de la chose n'a rien à faire avec le droit d'accroissement.

Concluons donc que l'article 1045, qui a été ramené si habilement aux anciens principes, n'est cependant relatif qu'à la conjonction *re tantum*.

II. — Système de M. Colmet de Santerre (1). — Ce savant jurisconsulte pense que les rédacteurs du code civil ont rompu avec la tradition. C'est ce qui ressort selon lui de la comparaison du texte de Pothier (2) qui accorde l'accroissement aux conjoints et aux disjoints, avec nos articles qui font de la conjonction la base du droit d'accroissement. Du reste, la théorie ancienne n'était pas à l'abri de tout reproche. En effet, relativement aux *conjuncti re*, on présumait que le testateur avait voulu donner le tout à chacun et que chacun recueillait le tout en l'absence de concours, *jure non decrescendi*. Or, il n'est pas certain que le testateur ait voulu donner le tout

(1) Colmet, de Santerre, t. IV, p. 394, n° 199 bis, III.
(2) Pothier, *Don. et test.*, § 3, sect. V, ch. VI.

à chacun des légataires *conjuncti re tantum*, car, le second legs révoque peut-être le premier; peut-être aussi la seconde disposition a-t-elle pour but de réparer un oubli à l'égard du second légataire, de façon à ce que les deux gratifiés viendront en concours, ce sera alors une révocation partielle du premier legs. Peut-être, le testateur a-t-il voulu faire de ses légataires des créanciers solidaires. Peut-être enfin, a-t-il voulu donner la chose à l'un et l'estimation à l'autre. Créer une présomption légale de solidarité dans le cas de conjonction *re tantum*, c'est donc s'exposer à l'erreur.

Dans la conjonction *re et verbis*, il n'y a pas en fait une solidarité qui ressorte des termes mêmes de la formule, car, deux personnes étant appelées par une même disposition à la totalité, ne peuvent recevoir qu'une portion du legs; il y a donc implicitement assignation de parts. Voilà ce que contient la formule en elle-même, et on ne peut en conclure invariablement la vocation solidaire en cas de défaillance de l'un des légataires.

Aussi l'auteur explique-t-il de la façon suivante les articles 1044 et 1045 du code civil: « Quelle a pu être la théorie substituée par le code Napoléon à cette théorie ancienne? Si, comme nous venons de le faire, on se détache des idées anciennes sur le jus *non decrescendi*, et si on se demande quelle influence rationnelle la conjonction peut exercer sur l'accroissement, voici comment on peut expliquer la pensée des rédacteurs du Code. En principe, le legs caduc doit profiter à celui qui devait l'acquitter, à moins que le testateur n'ait modifié cette règle par une substitution vulgaire. Or, la loi a pu considérer le rapprochement de deux légataires dans la pensée du testateur, leur union dans l'expression de cette

pensée, comme établissant entre eux une certaine relation et produisant une sorte de substitution vulgaire tacite, tandis qu'une relation semblable ne peut être signalée entre des légataires institués séparément, et entre lesquels cette séparation même rend impossible toute idée d'association. Et s'il est vrai, comme nous l'avons dit, que le testateur a dû comprendre qu'il donnait seulement à chaque légataire, une vocation à la moitié de la chose, il est tout naturel que, légataire de la moitié dans la pensée du testateur, privé du bénéfice de la substitution tacite qui résulte de la conjonction, le disjoint n'ait aucun droit aux parts vacantes de ses colégataires.

Voilà la règle générale et sa raison d'être ; la loi y déroge, quand la chose léguée est indivisible matériellement, à peu près comme elle déroge aux règles sur la division des créances quand l'objet dû est indivisible. L'indivisibilité matérielle de la chose doit nécessairement créer entre les légataires des relations, et dès lors, il est plus difficile de croire que le testateur a voulu les traiter comme étrangers l'un à l'autre ; l'association, qui ne résulte pas des termes du testament, résulte plus énergiquement de la nature de la chose, en sorte qu'on a pu encore les traiter comme des substitués vulgairement.

Si on interprète ainsi la pensée du législateur, on se soustrait à la nécessité de lui adresser un grave reproche ou de torturer les expressions de la loi pour les mettre en harmonie avec les idées préconçues qu'on emprunte au droit romain. »

Ainsi, pour le continuateur de Demante, le droit d'accroissement n'est autre chose qu'une substitution tacite résultant de la conjonction, c'est-à-dire de la communauté du titre ; or les *conjuncti re tantum* ne sont pas

conjoints dans la formule, ni dans la chose, car le testateur n'a raisonnablement pu vouloir leur donner à chacun que la moitié de l'objet, s'ils sont deux ; il n'y a donc pas une relation qui produise entre eux la substitution ; par conséquent, le disjoint doit être en principe écarté quant à la part défaillante ; mais l'indivisibilité matérielle crée un lien entre les légataires, car le testateur en léguant une chose indivisible, a voulu traiter ses légataires comme associés et les substituer l'un à l'autre, d'où la défaillance de l'un doit, ici, profiter à l'autre.

Réfutation. — Nous ne pensons pas que ce système, aux apparences séduisantes, soit exact. En effet, les légataires conjoints *re* sont unis par la plus forte des conjonctions. Il est vrai que dans ce cas, comme dans celui de conjonction *re et verbis*, le testateur a dû comprendre que chaque légataire n'aurait qu'une part dans la chose ; mais cela n'empêche pas que dans les deux hypothèses, il n'y ait une relation entre les légataires pouvant donner lieu au droit d'accroissement.

On aurait pu dire sans doute que dans l'hypothèse de deux legs de la même chose, faits séparément dans le même acte, le second révoquait le premier d'une façon absolue, mais ce n'est pas ce qui a été dit, l'article 1045 le prouve. Les deux legs coexistent. On ne peut expliquer que l'un des légataires n'ait droit à la moitié de l'objet, en l'absence de l'autre légataire, que par l'idée d'une révocation partielle ; mais alors, une révocation partielle ne se conçoit pas, lorsque c'est la totalité de la même chose qui fait séparément l'objet de chacun des legs (1).

(1) Demolombe, t. XXII, n° 376.

Il est donc impossible de fournir une explication logique de l'article 1045, qui reste ainsi une *lex damnata*, selon l'expression d'Holtius (1).

L'article 1045 dit que le legs sera encore réputé fait conjointement, quand une chose qui n'est pas susceptible d'être divisée sans détérioration, aura été donnée par le même acte à plusieurs personnes, même séparément; en d'autres termes, que le second legs n'est pas présumé révoquer le premier, si la chose est difficilement partageable. Mais que décider si la chose peut se partager sans détérioration, le second legs révoque-t-il le premier? C'est là une question de fait à résoudre par le juge, suivant l'intention du testateur, qui peut établir l'accroissement en dehors des cas prévus par les articles 1044 et 1045. En l'absence de la présomption de l'article 1045, la question se résout en interprétation (2).

Est-il exact de dire avec les rédacteurs du Code, que les articles 1044 et 1045 ont été puisés dans le droit romain? Nous avons déjà touché cette question sur laquelle il convient d'insister particulièrement ici.

Le législateur français s'est écarté des dispositions consacrées par le droit de Justinien. Celui-ci, en effet, admettait l'accroissement au profit des conjoints *re et verbis* ou *re tantum*, mais il traitait plus favorablement ces derniers. Les rédacteurs du Code sont plus favorables aux conjoints *re et verbis*, puisque au cas de conjonction mixte, le droit d'accroissement s'exerce sans condition. Cette innovation a dû être puisée dans les écrits de nos anciens jurisconsultes qui reconnaissaient une sorte de

(1) Holtius, *Thémis*, t. X, p. 343.
(2) Coin-Delisle, n° 13.

supériorité à la conjonction *re et verbis*. Duaren accorde le droit d'accroissement aux *conjuncti re tantum* et il ajoute : « *Quod multo magis dicendum est de his qui re simul et verbis conjuncti sunt* (1). » Ces mots : *multo magis,* font allusion au droit de préférence dont parle la loi 89, D., *de legat.*, 3°, XXXII. Mais nous savons que ce texte n'a trait qu'au *jus caduca vindicandi* et nullement au *jus accrescendi*. Le sentiment de Duaren a été accepté par certains commentateurs modernes, notamment par Toullier qui cherche en vain à justifier la solution contenue dans nos articles. « Il ne paraissait pas juste de leur supposer (aux conjoints *re tantum*) dans l'intention du testateur, des droits aussi étendus qu'aux légataires conjoints par la chose et par les paroles (2). »

Cette restriction que l'on rencontre dans la conjonction *re tantum* et qui est écartée dans la conjonction *re et verbis*, repose sur le caractère de divisibilité ou d'indivisibilité présenté par l'objet. Elle n'a pas sa source dans le droit romain, mais probablement dans les écrits des illustres représentants de notre ancienne jurisprudence. Ici encore Duaren vient à notre appui. Il rejette en principe l'opinion de ceux qui admettent le droit d'accroissement dans les contrats, par ce double motif que les textes sont muets sur ce point : « *Nulla lex de jure accrescendi in contractibus ;* » et qu'il n'y a pas la même raison pour admettre le droit d'accroissement dans les contrats que dans les legs : « *Non est eadem ratio contractuum quæ hæreditatum aut legatorum cum ultimas voluntates plenius interpretemur.* » Mais, il reconnaît

(1) Duaren, *De jure accresc.*, liv. I, ch. x.
(2) Toullier, t. V, n° 688.
(3) Duaren, l. 1, ch. xv, p. 107.

par exception, le droit d'accroissement dans les contrats, si l'objet du contrat n'est pas facilement divisible : « *Quid ergo dicemus, si res naturâ quidem suâ divisionem recipiat, sed tamen sine incommodo contrahentium non possit dividi?... Et totum fundum ad emptorem pertinere.* » C'est la reproduction de la doctrine de Dumoulin : « *In dividuis ex contractu non est locus juri accrescendi,* » « *etiam jus accrescendi locum habet in inidviduis* (1). »

Les articles 1044 et 1045 ne sont donc pas conformes au droit romain, au droit modèle; ils ne le sont pas davantage à l'ancien droit français. Il nous suffira de citer le passage suivant de Pothier : « Il n'y a lieu au droit d'accroissement qu'entre ceux qui sont légataires de la même chose ou de la même somme, chacun pour le total. » Ce principe peut s'analyser en trois propositions que voici : 1° le droit d'accroissement a lieu entre colégataires *re tantum ;* 2° il a lieu aussi entre colégataires *re et verbis;* 3° il n'a pas lieu entre conjoints *verbis tantum* (2). — Le célèbre jurisconsulte d'Orléans ne vise nullement cette limitation singulière admise par l'article 1045.

Mais le législateur de 1804 s'est conformé à l'ancien droit en ce qu'il écarte la distinction du *jus accrescendi* et du *jus non decrescendi* et en ce qu'il refuse toute efficacité à la conjonction *verbis*. Le système des auteurs et des arrêts qui distinguent entre l'assignation de parts portant sur la disposition et l'assignation de parts portant sur l'exécution de la disposition nous vient également de l'ancien droit.

(1) Dumoulin, *Opera*, t. III, p. 278, n° 573, pars 3, *Extric. labyr. divid. et indiv.*

(2) Pothier, *Donat. testam.*, n° 347 et n° 351, note.

§ 4. — *Fondement du droit d'accroissement d'après le Code*

Le législateur paraît adopter pour base du droit d'accroissement, l'unité et la solidarité du legs, car l'accroissement n'est pas admis, s'il y a assignation de parts. Cette solidarité est aussi évidente dans le cas d'un legs fait séparément que dans celui fait conjointement; car la part d'un colégataire devenant caduque, rien n'empêche l'autre de réclamer en entier l'objet qui lui a été légué en totalité, et c'est précisément ce motif qui conduit Holtius à se demander pourquoi le législateur a fait dépendre le droit d'accroissement d'une circonstance telle que l'indivisibilité corporelle de la chose, et à avouer qu'il ne voit dans l'article 1045 aucune ombre de raisonnement (1).

Le droit de non-décroissement dans la conjonction réelle est fondé, dit Proudhon, sur la disposition expresse du testateur qui a fait de véritables créanciers solidaires en léguant la même chose à tous et à chacun d'eux. L'un ne peut avoir plus de droits que l'autre; d'où, en cas de concours, chacun n'aura qu'une part; mais en cas de défaillance de l'un, l'autre retiendra sa part *jure non decrescendi, nullius concursu deminuta* (2).

Le droit d'accroissement dans la conjonction mixte est fondé sur la présomption que le testateur n'ayant point désigné de parts à ses légataires, n'a point limité leur vocation. La vocation solidaire n'est pas expresse comme dans le cas précédent, elle n'est que présumée, puisque le testateur n'a pas dit que l'un aurait le tout,

(1) Holtius, *Thémis*, t. X, p. 335 et 336.
(2) Proudhon, *Usuf.*, nos 582, 583, 584.

l'autre faisant défaut. La loi suppose que le testateur ayant évité d'énoncer aucun apportionnement n'a pas agi sans cause; elle tire du silence du testateur cette conséquence qu'il n'a voulu qu'abréger, par une contraction de style, la double disposition solidaire que contient la clause du testament. Cette clause copulative : Je lègue à Primus et à Secundus ma maison, revient à celle-ci : Je lègue à Primus et je lègue à Secundus ma maison; et alors, en cas de concours, il y aura lieu à partage, et en cas de défaut de l'un d'eux, l'autre prendra la part défaillante. Il s'agit bien là d'une solidarité présumée; car, si on ne consulte que la formule, il est impossible en raison, que l'objet soit censé légué pour le tout, à chacun des deux légataires *conjuncti re et verbis*. C'est du reste ce qui aurait lieu dans une donation entre-vifs : chacun n'aurait droit qu'à une part. — La présomption de solidarité est contraire à ce principe que la solidarité ne se présume pas, mais elle tient à la faveur accordée aux dispositions de dernière volonté, à cet axiôme, « que la gloire de dicter encore des lois après leur mort, avait inspiré aux Romains (1) » : *In testamentis plenius voluntates testantium interpretantur* (L, 12, D., R. J., L, 17).

La solidarité qui existe entre les légataires conjoints *re tantum* présente toutes les qualités de l'obligation solidaire née de la convention et définie par l'article 1197: il n'y a qu'une seule créance pour tous, qu'une seule dette pour l'héritier, qu'une seule chose due, *una res vertitur*. Chaque colégataire peut aussi demander le tout: *solidum singulis debetur*, sauf à communiquer aux autres la part qui leur revient.

(1) Proudhon, nos 628 et s.

La conjonction mixte ressemble à la conjonction réelle : 1° En ce que, dans les deux cas, il n'y a qu'un objet légué, une dette, pouvant être éteinte par le paiement de l'héritier ; 2° et en ce que, dans les deux cas, chacun est créancier solidaire du tout et peut exiger le tout de l'héritier qui sera valablement libéré par le paiement, sauf pour l'*accipiens* à communiquer aux autres l'émolument de la libéralité reçue. Mais elle diffère de la conjonction mixte à un certain point de vue. Dans la conjonction réelle, le droit d'accroissement ou plus exactement de non-décroissement résulte de la disposition expresse du testateur ; tandis que, dans la conjonction mixte, le droit d'accroissement est fondé sur une intention présumée du disposant (1).

Le droit d'accroissement qui résulte de la conjonction mixte se rapproche de la substitution vulgaire réciproque en ce que les légataires conjoints avec le défaillant prennent toute la chose, objet du legs, comme l'auraient fait les légataires réciproquement substitués avec le défaillant. Mais dans la conjonction mixte, il n'y a qu'une disposition, qu'un legs, tandis que dans la substitution, il y a deux dispositions, deux legs. Dans la conjonction mixte, la vocation solidaire des différents légataires est simultanée ; le substitué est un institué en sous-ordre, il ne recueille que subsidiairement à défaut du premier appelé (2).

Ainsi le droit d'accroissement est fondé sur la solidarité, mais cette sorte de solidarité qui existe entre légataires conjoints ne résulte que de l'intention du testateur,

(1) Proudhon, nos 634 et 635.
(2) Id., no 642.

et, c'est l'intention qui est le principe régulateur en cette matière. L'application des principes de la solidarité dans les contrats, conduirait parfois à des résultats contraires à la volonté du disposant. Lorsqu'un testateur lègue conjointement le même objet à plusieurs, il n'entend pas vraisemblablement que chacun des légataires ait le droit de demander le tout et que l'héritier se libère en payant à un seul ; mais plutôt que chacun ait le tout, seulement en l'absence du concours de l'autre (1).

En résumé, le droit d'accroissement est fondé sur l'interprétation de la volonté du testateur. Celui des colégataires qui reste seul recueille la totalité du legs, lorsque le testateur est réputé lui avoir légué la chose en entier. Le législateur interprète cette volonté d'après la formule du legs, et, il pose, dans les articles 1044 et 1045, certaines présomptions qui ne rentrent pas dans la catégorie de celles dont parle l'article 1352, al. 2, et sont par suite, susceptibles d'être combattues par la preuve contraire.

Telle est la base du droit d'accroissement, en vertu duquel, ceux qui viennent au legs, prennent la part de ceux qui n'y viennent pas (2).

(1) D'Hauthuille, p. 176 et s.

(2) Le droit d'accroissement peut quelquefois servir à déguiser une substitution prohibée. Exemple : « Je donne mon domaine à Primus et à Secundus, et la portion de celui qui mourra le premier sans enfants accroîtra au survivant. » Les caractères de la substitution prohibée se rencontrent ici : chaque frère est tenu de conserver jusqu'à sa mort, les biens donnés et de les restituer à ce moment, s'il n'a pas d'enfants, à son frère survivant. Cette disposition ne peut donc être « innocentée ».

CHAPITRE III

LES ARTICLES 1044 ET 1045 S'APPLIQUENT-ILS AUX LEGS D'UNIVERSALITÉ ?

---

§ I. — *Doctrine*

Supposons un legs fait conjointement en ces termes : Je lègue à Primus et à Secundus l'universalité des biens dont je mourrai vêtu et saisi. Si Primus fait défaut, Secundus recueillera l'universalité des biens légués, par application de l'article 1044 suivant les uns, par application de l'article 1003 suivant les autres. Mais le résultat final étant le même, la question est ici sans intérêt.

Supposons un legs fait conjointement *verbis tantum :* Je lègue à Primus et à Secundus, à chacun par moitié, l'universalité des biens dont je mourrai vêtu et saisi. Si Primus fait défaut, Secundus ne recueillera que la moitié, d'après l'article 1044, dans l'opinion des uns ; d'après l'article 1010, dans l'opinion des autres. Ici encore la solution est la même et la question manque d'intérêt.

Supposons enfin un legs fait conjointement *re tantum.* Je lègue à Primus l'universalité de mes biens ; je lègue

à Secundus l'universalité de mes biens. Si Primus fait défaut, Secundus pourra-t-il recueillir tout son legs? Il faut répondre affirmativement, si l'on pense que les articles 1044 et 1045 ne s'appliquent pas aux legs d'universalité. On invoquera l'article 1003. Mais il faut répondre négativement, si l'on estime que les articles 1044 et 1045 sont applicables aux legs d'universalité. L'accroissement ne se produira pas, car la chose léguée est divisible sans détérioration (1).

L'intérêt de la question étant ainsi précisé, voyons maintenant les arguments qui sont invoqués par l'une et l'autre opinion.

Dans le sens de la première opinion consistant à admettre que les articles 1044 et 1045 s'appliquent aux legs d'universalité, on dit : Les articles 1044 et 1045 sont généraux, ils ne distinguent pas entre les legs d'universalité et les legs particuliers. Ils sont placés après les textes qui ont classé les différents legs : ils les régissent tous. — En raison, l'accroissement doit relever du même principe, qu'il s'agisse de legs d'universalité ou de legs particuliers. — Le legs universel ne peut être assimilé à l'institution de l'héritier du droit romain. En effet, l'accroissement avait lieu dans les institutions d'héritier en vertu d'une nécessité légale et de la règle : *nemo partim testatus*, règle qui n'existe plus aujourd'hui (art. 1002). — Pothier raisonnait d'après les textes du Digeste : il a été amené à prendre pour exemples des legs particuliers, mais les règles qu'il trace ne sont pas exclusives. — Enfin, c'est résoudre la question par la question que d'invoquer la compréhension du legs universel, embrassant

(1) Demolombe, t. XXII, nos 381 et 382.

tous les biens du défunt, car la question est de savoir si le legs est universel (1).

Malgré ces raisons sérieuses, nous préférons une seconde opinion, d'après laquelle les articles dont s'agit, ne s'appliquent qu'aux legs particuliers. — En premier lieu, l'autorité historique nous montre que les articles 1044 et 1045 n'ont trait qu'aux legs à titre particulier. En effet, ils ont été empruntés à Pothier qui ne parlait du droit d'accroissement qu'à l'occasion des legs particuliers (2). — En second lieu, les termes mêmes de ces articles nous sont favorables, car les mots : la chose léguée, ne peuvent guère s'entendre de l'universalité de l'hérédité, pas plus que les expressions : chose qui n'est pas susceptible d'être divisée sans détérioration. — En troisième lieu, le système adverse conduit à des résultats inadmissibles, car, l'accroissement ne pourrait jamais se produire entre colégataires *re tantum*, le patrimoine étant chose essentiellement divisible. — En quatrième lieu enfin, le legs universel suffit par sa latitude et son énergie à absorber la totalité et à attirer à lui la part des défaillants sans le

(1) D'Hauthuille, p. 194 ; — Grenier, n° 352 ; — Colmet de Santerre, n° 199 bis VII : « Dire en se basant sur la volonté du testateur que le legs universel « attire à lui par l'énergie de l'universalité la part des défaillants », parler de l'énergie du legs universel, c'est traiter la question par la question, « car si on refuse au légataire universel le droit d'accroissement, le prétendu legs universel n'est plus qu'un legs universel mal qualifié, comme serait, par exemple, le legs ainsi conçu : « J'institue Pierre mon légataire universel pour moitié ». S'appuyer sur l'intention du testateur, c'est dire qu'il existe encore une différence entre le *jus accrescendi*, et le *jus non decrescendi*, ce qui n'est plus exact sous notre législation. Le testateur n'a pas pu raisonnablement léguer deux fois l'universalité ; il a voulu ne donner à chacun qu'une fraction. Dès lors le législateur a parfaitement pu dénier le droit d'accroissement au légataire universel restant à moins d'une substitution vulgaire expresse, ou d'une substitution tacite résultant de la conjonction *re et verbis*. » — Dalloz, *Réper. alph.*, v° *Acc.*, n° 4441.

(2) Pothier, *Don. et Test.*, n°s 333 et s.

secours de la conjonction. Le légataire universel a un droit éventuel à toute l'hérédité, droit qui se réalise quand les autres colégataires font défaut. Le droit d'accroissement repose sur l'intention du testateur ; or, cette intention est manifestée très clairement lorsque le testateur donne aux légataires un, *universum jus :* chacun étant appelé au tout, en vertu de son institution de légataire universel, il n'y a pas besoin de l'accroissement. — Le législateur s'est occupé du caractère des legs universels et à titre universel dans les articles 1003 et 1010, il n'avait plus à s'en préoccuper dans les articles 1044 et 1045. — La véritable question, dit-on, consiste à déterminer si le legs est universel. Oui, sans doute, mais la réponse se trouve dans les articles 1003 et 1010. Ce sont ces articles qui nous indiquent la règle à suivre (1).

Deux éminents auteurs, MM. Aubry et Rau pensent, suivant sur ce point la première opinion, qu'il n'y a pas, pour l'application des règles posées par les articles 1044 et 1045, de distinction à établir, du moins en général, entre les legs portant sur l'ensemble des biens du testateur, et ceux qui ne portent que sur une quote-part de ces biens, ou sur des objets particuliers (2). Puis ils ajoutent : « Toutefois, si le testateur, en léguant à plusieurs personnes l'universalité de ses biens, leur avait formellement attribué la qualité d'héritiers ou de légataires universels, il y aurait lieu d'admettre entre elles le droit d'accroissement, alors même qu'elles auraient été instituées

(1) Ducaurroy, *Thémis*, t. VI, p. 331 ; — Holtius, *Thém.*, t. X, p. 348 ; — Troplong, n° 2188 ; — Demolombe, n° 383 ; — Laurent, n° 318 ; — Mourlon, n° 897 ; — Baudry-Lacantinerie, n° 640, édit. 1883 ; — Labbé, note sous arr., 18 juin 1878. S. 79, 1, 193 ; — Arntz, n° 2185 ; — Fuzier-Hermann, *Rép. aph.*, v° *Acc.*, n° 63.

(2) Aubry et Rau, t. VII, p. 540, § 726, texte et note 43.

avec assignation de parts, ou par des dispositions séparées. » (1) Ils motivent cette addition en disant que, si on refusait aux légataires le bénéfice de l'accroissement, on s'exposerait à restreindre arbitrairement l'émolument de leurs legs et à dénaturer le titre même de leur vocation pour en faire de simples légataires à titre universel, contre la volonté du disposant. Ils remarquent aussi que cette opinion ne serait plus vraie, si on devait l'appliquer indistinctement à tous les legs portant sur l'ensemble des biens du testateur. — Or le passage cité contient une doctrine exacte, comme l'observe M. Demolombe (2), lorqu'il s'agit d'une institution faite par des dispositions séparées, puisqu'il n'est pas même « nécessaire que le testateur ait attribué (aux légataires) la qualité d'héritiers ou de légataires universels ». Mais cette doctrine du passage cité est trop absolue, lorsque l'universalité a été léguée à plusieurs avec assignation de parts. La seule circonstance que le disposant aurait attribué la qualité de successeurs *in universum jus*, ne peut arrêter l'effet de cette limitation de parts, il faudrait voir en fait, si elle porte sur l'exécution, c'est-à-dire, consulter la volonté du testateur, d'après les faits de la cause et l'ensemble du testament.

Cette observation faite avec l'auteur auquel nous nous référons souvent, passons à l'examen de la jurisprudence.

§ 2. — *Jurisprudence*

L'opinion qui consiste à admettre que les articles 1044 et 1045 s'appliquent, même aux legs universels, et

(1) Aubry et Rau, t. VII, p. 541, § 726, texte et note 44.
(2) Demolombe, n° 384.

que dès lors, l'accroissement dans ces legs est soumis aux mêmes restrictions que l'accroissement dans les legs particuliers, a été suivie de 1808 à 1862 (1). Mais en 1862 la Cour (2), sous l'influence de Troplong (3), consacra la même docrine que celle à laquelle nous croyons devoir nous arrêter : à savoir que les articles 1044 et 1045, inspirés par une tradition mal comprise, sont inapplicables aux legs d'universalité.

Dans la première période, disons-nous, l'accroissement était subordonné à la condition que le legs n'eût pas été fait avec assignation de parts ; plus exactement, à la condition que le testateur n'eût pas marqué, à tout événement, l'intention de laisser les colégataires dans la situation où les eût placés un concours effectif. Mais, le juge du fait pouvait décider souverainement pour le legs universel, comme pour le legs particulier, si le testateur avait ou non entendu limiter à la part attribuée le droit de chacun.

L'arrêt de cassation du 19 octobre 1808 décide que le testateur qui nomme par une seule et même disposition, plusieurs individus pour ses héritiers universels généraux, établit une institution conjonctive et ne fait pas une assignation de parts, en ajoutant : « Pour jouir et disposer de ladite hérédité par égales portions). »

L'arrêt de la Cour de Cassation du 14 mars 1815 dé-

(1) Cass. Civ., 19 oct. 1808, Planté, S. 1809, 1, 31.
Cass. Civ., 14 mars 1815, Diharce, S. 1815, 1, 267.
Bordeaux, 28 juin 1831, Gauthier, S, 31, 2, 304.
Aix, 17 mars 1858, Nicolas, S. 59, 2, 223 et D., 59, 2, 51.
Cass., 19 février 1881. Dornier, S, 61, 1, 421 et D., 61, 1, 261 et les notes.

(2) Req., 12 février 1862, Ogier, S. 62, 1, 385 et D., 62, 1, 244 et les notes.

(3) Troplong, n° 2188.

cide dans le même sens, s'il a été dit: « J'institue pour mes héritiers universels mon frère et ma sœur, pour, par eux, jouir et disposer de mes biens par portions égales. »

Sur ces deux premiers arrêts, Troplong observe que « c'est par surcroît de diligence inutile » que la Cour a cru nécessaire d'établir que le disposant avait entendu joindre ses légataires universels par la conjonction *re et verbis* l'universalité de la disposition étant suffisante à produire le droit d'accroissement.

Il a été décidé aussi que le legs ainsi conçu : « Je nomme mes deux sœurs, mes seules et uniques héritières égales », est une vocation conjointe et sans assignation de parts (Bordeaux, 28 juin 1831, arrêt cité à la note 1 de la page précédente).

La Cour d'Aix a jugé également le 17 mars 1858 (arrêt cité à la note 1 de la page précédente), que la disposition par laquelle un testateur nomme et institue plusieurs héritiers universels de tous ses biens meubles et immeubles, à partager par portions égales, n'est pas censée faite avec assignation de parts.

Enfin, et à l'inverse, la Cour de Cassation a déclaré dans l'affaire Dornier, le 19 février 1861 (arrêt précité à la note 1 de la page précédente), qu'il y a assignation de parts dans la disposition par laquelle le testateur déclare léguer par moitié l'universalité de ses biens à deux personnes.

Dans une seconde période, un revirement se produisit dans cette jurisprudence. La Cour de Cassation décida dans son arrêt célèbre du 12 février 1862 (S. 62, 1, 385 et D., 62, 1, 244, affaire Ogier), que les articles 1044 et 1045 ne concernaient point les legs universels. Les légataires étaient conjoints *re et verbis* et les parts étaient

fixées à la fin de la disposition conjonctive d'une façon inégale. Or, la question était de savoir si l'accroissement pouvait se produire. C'était demander si un legs est universel, quoique fait à plusieurs; s'il perd son caractère lorsque les parts sont indiquées. Non, car même dans ce cas, le légataire universel a la saisine, s'il ne concourt pas avec des héritiers réservataires (1). Dès lors, en l'absence de tout concours, il a droit à l'universalité des biens légués, c'est-à-dire à l'accroissement. Si un legs est traité comme universel au point de vue de la saisine, il faut nécessairement lui reconnaître le même caractère au point de vue du droit d'accroissement; autrement ce serait violer la loi. L'arrêt de 1862 prononce que le caractère d'une disposition ne change point par une clause accessoire contenant l'indication de parts en vue du concours et du partage; qu'en tout cas, l'article 1044, fût-il applicable, n'exclurait pas la solution adoptée, parce que cet article contient une présomption susceptible de preuve contraire.

Cette jurisprudence se confirme par les arrêts du 27 janvier 1868 et du 30 novembre 1875, décidant tous deux, qu'il y a lieu à l'accroissement entre légataires universels, alors même que le testateur a déterminé la part de chaque légataire, si de l'ensemble des circonstances, il résulte que le testateur a eu l'intention d'exclure ses héritiers naturels (2). Ce qu'il appartient aux juges du fait de décider.

Citons enfin dans le même sens, l'arrêt très remarquable du 18 juin 1878 (3). Ici à la différence de l'espèce

(1) Cass., 22 février 1841, S. 41, 1, 536.
(2) Ch. Req., 27 janvier 1868, D., 69, 1, 409 et S, 69, 1, 54.
Limoges, 30 novembre 1875, S, 76, 2, 315.
(3) Cass. Req., 18 juin 1878, S, 79, 1, 193, note; et Dall., 79, 1, 33

de l'arrêt de 1862, les parts sont fixées au début de la disposition et sont indiquées également. On en a conclu que l'indication de parts égales devait avoir pour résultat de limiter la vocation des appelés et de transformer le legs universel en legs à titre universel; sinon, l'assignation de parts serait inutile, alors que l'assignation de parts inégales a une importance évidente pour régler le concours. Mais il suffit de répondre que la précaution du testateur peut être surabondante dans le premier cas; dans l'espèce, elle devait faire opérer un partage égal par branches. Le caractère de disposition universelle ne subsiste pas moins, malgré cette assignation de parts inutiles. En conséquence, lorsqu'il est certain qu'un legs, bien que comprenant partage des biens donnés, constitue en réalité, d'après la volonté du défunt, un legs universel, le droit d'accroissement a lieu, sans qu'on puisse opposer les termes de l'article 1044. Les juges du fond apprécient souverainement si la libéralité constitue un legs universel ou non; si l'assignation de parts porte sur le droit lui-même ou sur son exécution.

M. Labbé, dans sa dissertation sous l'arrêt de 1878, critique le point de départ de la nouvelle jurisprudence. C'est en vain, dit-il, qu'on cherche à établir une différence entre le legs universel et le legs à titre particulier, au point de vue du droit d'accroissement, différence analogue à celle qui paraît exister entre l'accroissement en matière d'institution à Rome (*jus non decrescendi*) et l'accroissement en matière de legs (*jus accrescendi*); le legs universel n'a pas une puissance propre et spéciale au point de vue de l'accroissement. Dans les deux cas, le principe du droit d'accroissement est toujours la seule volonté du disposant. « Il est certain qu'un testateur

tomberait dans une étrange contradiction, dans une sorte d'absurdité, s'il voulait faire à plusieurs un legs vraiment universel et leur refuser l'avantage de l'accroissement. Mais le caractère universel du legs et l'avantage du profit de la défaillance, sont deux effets parallèles d'une même cause qui est la volonté du testateur. Nous sommes ramenés à notre point de départ : qu'est-ce que le disposant a voulu? Tout est là, et s'il est reconnu que le testateur n'a pas voulu que l'un des légataires qualifiés universels profitât de la défaillance des autres, c'est que sous une dénomination inexacte ou tout au moins différente du langage du Code, il a fait des légataires à titre universel..... La volonté du testateur, la vocation à la totalité, telle est toujours la source de l'accroissement. » Le savant professeur ajoute que ce n'est pas une raison d'ailleurs, parcequ'on reconnaît avec MM. Aubry et Rau (T. VII, pag. 540, texte et note 43) le même fondement à l'accroissement dans les legs universels et dans les legs particuliers, pour étendre, comme le font ces auteurs, aux premiers, une disposition qui peut très bien n'avoir été faite dans l'esprit du législateur, que pour régir les seconds. Ces articles 1044 et 1045 contenant une erreur législative, il faut rendre à la jurisprudence toute sa liberté, quant à tous les legs autres que les legs particuliers, c'est-à-dire quant à toutes les hypothèses autres que celles prévues et décrétées dans le texte.

Nous adoptons cette manière de voir de M. Labbé, c'est-à-dire que par un certain côté, après avoir critiqué le principe même de cette nouvelle jurisprudence, nous nous rapprochons des solutions auxquelles elle aboutit. Nous montrons ainsi que le motif qui nous détermine en faveur de la seconde opinion exposée plus

haut, n'est pas tiré du caractère même du legs universel, de sa puissance propre, de sa compréhension au point de vue du droit d'accroissement, motif toutefois que nous avons dû faire connaître, puisqu'il est invoqué par d'éminents jurisconsultes, notamment M. Troplong, Demolombe et Laurent.

L'arrêt de 1878 n'est pas assez large dans ses termes, car, il se sert d'une formule qui ne soustrait à la portée de l'article 1044 que les legs universels :« L'article 1044 ne s'applique qu'aux dispositions conjonctives avec assignation de parts dans un legs particulier d'une quotité ou d'une espèce de biens. » Mais une quote-part d'universalité est divisible tout aussi bien que l'universalité, et comme les mots : chose léguée, chose divisible sans détérioration, ne peuvent s'appliquer à l'universalité, il s'en suit qu'il faut restreindre la portée des articles 1044 et 1045 aux seuls legs particuliers.

De tout ce qui précède, nous pouvons conclure que, quelle que soit la nature du legs, l'accroissement n'a d'autre base que la volonté du testateur ; mais, tandis que le juge est entravé pour la recherche de cette volonté par les articles 1044 et 1045, il est libre au contraire en ce qui touche les legs universels. Il est vrai que l'opinion à laquelle nous nous rallions et qui est consacrée par la jurisprudence, soumet le droit d'accroissement à des règles différentes, suivant la nature des legs ; de sorte qu'on est forcé de reconnaître qu'il existe un défaut d'harmonie dans la loi, alors qu'en raison, le droit d'accroissement doit avoir le même fondement dans tous les legs : la volonté du testateur et la vocation à la totalité. Mais, selon les expressions de M. Labbé (l. c.), «l'interprète est-il forcé pour éviter une anomalie, un défaut

d'harmonie dans la législation, d'étendre une disposition légale reconnue mauvaise, résultat d'une méprise (erreur flagrante, dit Bayle Mouillard sur Grenier (Don. et Test. T. III, n° 350, note *a*), à des hypothèses autres que celles prévues et décrétées dans le texte ? Nous ne le croyons pas. »

Il nous reste maintenant à faire connaître brièvement dans quelles circonstances fût rendu l'arrêt précité de 1878 et à rapporter les principaux considérants.

Par son testament du 20 juin 1838, Mathurine Guégan donne conjointement par moitié entre elles à Jeanne et à Louise Guégan, ses deux sœurs, et en cas de prédécès de Louise, aux deux enfants nés de son mariage avec Rello, la pleine et entière propriété et jouissance de tous les biens meubles et immeubles qui dépendraient de sa succession au jour de son décès. Dans une seconde disposition de son testament, elle déclare que si Jeanne et Louise et les enfants de Louise meurent avant elle-même, elle donne tous ses biens à Pierre Guégan, son frère. Jean Guégan décède avant la testatrice. La part du *de cujus* doit-elle accroître à Louise Guégan, femme Rello, ou bien doit-elle être dévolue à tous les héritiers de la testatrice, spécialement à son frère Pierre ?

Le tribunal de Pontivy, par jugement du 12 mai 1875, se prononce contre l'accroissement, parce que le legs étant fait par moitié, il y a assignation de parts.

Mais sur l'appel de ce jugement, la Cour de Rennes, par arrêt du 14 juin 1877, réforma la sentence des premiers juges, en se basant principalement sur l'intention de Mathurine Guégan, d'attribuer à chacune de ses deux sœurs un droit à l'universalité de sa succession et de n'appeler son frère Pierre que dans le cas où Jeanne,

Louise et les enfants de Louise seraient décédés avant elle.

Enfin, sur le pourvoi en Cassation par les consorts Guégan, pour violation des articles 1044 et 1045, en ce que l'arrêt attaqué refuse de faire bénéficier Pierre Guégan de la caducité du legs de Jeanne, malgré la substitution vulgaire faite au profit de Pierre, et cela par le motif que le legs aurait été fait à Jeanne et à Louise, quoiqu'on ne puisse considérer comme fait conjointement un legs fait à deux personnes avec assignation de parts, la Cour de Cassation confirme l'arrêt de la Cour de Rennes.

La Cour : — Attendu que les principes du droit d'accroissement se sont simplifiés et modifiés en passant de l'ancienne jurisprudence dans la législation moderne; que les règles variaient à cet égard dans l'ancienne jurisprudence, suivant que la province était régie par la loi romaine ou par la coutume ; que dans les pays de droit écrit, les héritiers testamentaires étaient considérés comme unis *in solidum* par l'universalité et l'indivisibilité de leur vocation ; que, de quelque manière qu'ils fussent institués, avec ou sans indication de parts, la part du défaillant passait à ses cohéritiers, exclusivement à l'héritier du sang, et que l'assignation de parts, en général, n'empêchait l'accroissement que pour le legs particulier, le seul qui fût reconnu par la loi romaine ; que dans les coutumes où l'institution d'héritier n'était pas reçue et où l'on comprenait sous la dénomination de legs universel, outre le legs de l'universalité héréditaire, celui d'une quotité ou d'une certaine espèce de biens, l'assignation de part excluait, au contraire, l'accroissement, non seulement dans le legs particulier, mais

encore dans le legs universel, à moins qu'il ne fût démontré par les circonstances que le testateur, nonobstant cette assignation, avait entendu appeler éventuellement chacun des légataires conjoints soit au legs particulier tout entier, soit à l'universalité, ou à la quotité, ou à l'espèce de biens tout entière; qu'aujourd'hui l'institution d'héritier et le legs universel ne diffèrent plus que de nom; que la loi actuelle distingue en les définissant avec précision le legs à titre universel du legs universel; et que, tandis qu'il ressort de la nature de l'un, qu'il est généralement incompatible avec le droit d'accroissement, il n'apparaît pas moins de celle de l'autre, qu'il le comporte toujours, par la seule puissance de sa compréhension.

Attendu, en effet, que le legs universel étant selon l'article 1003, la disposition par laquelle le testateur donne à une ou plusieurs personnes l'universalité des biens qu'il laissera à son décès, il est évident que cette disposition lorsqu'elle est faite *in solidum* à plusieurs, même avec assignation de parts, leur confère à chacun l'aptitude à recueillir l'hérédité tout entière, puisque sans cela, il n'y aurait plus, contrairement à la volonté du testateur que des legs de quantités distinctes et absolument séparées, des legs de fractions fixes et invariables, en d'autres termes des legs à titre universel et point *in solidum*, point de legs universels (1010); que dès lors, du moment où il est reconnu en fait, d'après la volonté explicitement ou implicitement manifestée par le testateur, que le legs avec partage des biens donnés, constitue véritablement un legs universel, il en résulte qu'il y a droit d'accroissement entre les colégataires, sans qu'il y ait à opposer l'article 1044, qui ne s'applique qu'aux dispositions conjonctives avec assignation de parts, dans

un legs particulier ou dans le legs d'une quotité, ou d'une espèce de biens.

Attendu, en fait, que par son testament du 20 juin 1838, Mathurine Guégan a légué à ses deux sœurs Jeanne et Louise, par moitié entre elles, tous ses biens, meubles et immeubles ; que Jeanne qui n'avait pas de substitué, à la différence de Louise qui en avait plusieurs, étant prédécédée, il s'est agi de savoir si sa part devait revenir à Louise ou à sa succession; que l'arrêt attaqué, après avoir rapporté les termes du legs, appréciant souverainement les intentions du testateur, d'après l'ensemble du testament, déclare qu'elle a voulu appeler chacune de ses sœurs à l'universalité de ses biens et que l'indication de parts n'avait pour but que de régler l'exécution du legs dans le cas où elles auraient eu à le partager ; qu'il est donc établi par l'arrêt que Jeanne et Louise étaient colégataires universelles de Mathurine.

D'où il suit que la Cour d'appel en décidant que la part caduque de Jeanne appartenait à Louise et non aux héritiers, n'a fait qu'une juste application de l'article 1003 et n'a aucunement violé les dispositions invoquées à l'appui du pourvoi.

Du 18 juin 1878. Ch. req. Bédarrides prés., Guillemard rapporteur dont les observations sont consignées à la fin de l'arrêt, rapporté, comme nous l'avons dit plus haut, dans Sirey, 79, 1, 193, Lacointa, av. gén., concl. conf. ; de Valroger, av.

L'avocat aux Conseils a soutenu à tort, croyons-nous, que le droit d'accroissement doit être réciproque. Exemples : *a*. Je lègue à Primus, l'universalité de mes biens. Primus profitera de la défaillance de Secundus

qui, lui, ne profiterait pas de celle de Secundus, car il ne peut avoir rien au-delà de la moitié. — *b* Je lègue à Primus et à Secundus l'universalité de mes biens. Je substitue à Primus ses enfants. Primus profitera de la défaillance de Secundus qui, lui, n'aurait l'avantage de l'accroissement que si Primus et ses enfants faisaient défaut. En fait d'accroissement, la volonté du testateur est la règle (Labbé, note sous l'arrêt de 1878).

CHAPITRE IV

COMMENT S'OPÈRE L'ACCROISSEMENT. — EFFETS

§ 1. — *Comment s'opère l'accroissement ? Le colégataire accru est-il tenu des charges personnelles au défaillant ? Par exemple, je lègue le fonds Cornélien à Primus et à Secundus, à la charge pour Secundus de payer* 1000 *fr. à Tertius ; ou je lègue le fonds Cornélien à Primus, je lègue le même fonds Cornélien à Secundus, à la charge pour celui-ci de payer* 1000 *francs à Tertius. Primus doit-il, en recueillant la part de Secundus, payer les* 1000 *fr. qui affectaient sa libéralité. L'accroissement a-t-il lieu* cum onere *ou* sine onere ? *En outre, est-il volontaire ou forcé ? Ces deux questions se lient l'une à l'autre.*

En droit romain, nous l'avons vu, il fallait avec le § 11 C., *de Cad. toll.*, (VI, 51), distinguer suivant que le legs était fait conjointement *(re et verbis)*, ou disjointement (*re tantum*). Dans le premier cas, le colégataire accru, libre de s'en tenir à sa part primitive, le droit d'accroissement ne devant pas tourner à son désavantage, était tenu de la charge, car il avait un droit d'accroissement véritable. Le testateur, en unissant dans une même formule les légataires, les limite en quelque sorte dans leurs

parts ; c'est par une espèce de faveur légale que le légataire restant recueille la part de son conjoint défaillant. Il est juste en retour qu'il subisse les charges attachées à cette part. Il ne vient pas, pour le tout, de son chef, *jure proprio*, il vient aussi du chef de son collègue. *Accrescit volentibus et cum onere.* — Dans le second cas, l'accroissement était forcé, mais la charge n'était pas due, car dans la conjonction *re tantum*, il y a plutôt non-décroissement qu'accroissement véritable : le colégataire accru agissant plutôt en vertu de son droit propre, qu'en empruntant le droit de son colégataire. *Accrescit invitis et sine onere.*

Dans le dernier état de notre ancien droit, Pothier (1) enseignait que dans tous les cas, le légataire qui profite de l'accroissement, doit subir les charges de la portion qu'il prend ou retient. Mais le légataire a la possibilité de répudier le droit d'accroissement.

Nous pensons que cette doctrine doit encore être suivie aujourd'hui. En effet, le colégataire restant, Primus dans notre espèce, est comme substitué au colégataire défaillant Secundus. Il n'est donc pas lié par son accceptation primitive. — Son attente ne doit pas être trompée, ni ses prévisions excédées par l'accroissement d'un legs onéreux.— Le code civil a sacrifié presque complètement la conjonction *re tantum* pour préférer la conjonction *re et verbis*, c'est-à-dire qu'il a admis la théorie de l'accroissement et rejeté celle du non-décroissement. Or, quand il s'agissait véritablement du *jus accrescendi*, c'était la maxime *accrescit volentibus et cum onere*, qui était appliquée. — « La volonté du défunt est là. Elle a imposé une charge ; elle a placé une obligation à côté du bienfait. Puisque le

(1) Pothier, n° 355.

bienfait subsiste, la charge doit subsister aussi. » — « substitué vulgairement à son colégataire, dit M. Colmet de Santerre, le colégataire doit prendre entièrement la place de celui-ci et ne peut pas avoir plus de droits que celui-ci n'en tenait de la volonté du testateur. » Si l'accroissement avait lieu *sine onere*, les héritiers débiteurs du legs paieraient une somme plus forte, en en cas de défaillance d'un colégataire qu'en cas d'acceptation par celui-ci ; et le légataire qui profite de la défaillance recevrait à lui seul au-delà de ce qui a été donné à tous les légataires. La caducité du legs nuirait ainsi aux héritiers que cependant le testateur a voulu dégrever d'une dette. Enfin le bénéficiaire de la charge ne doit pas avoir à souffrir de ce fait que la part sur laquelle devait être servie sa rente, a été recueillie par Primus au lieu de l'avoir été par Secundus. Le testateur a voulu vraisemblablement que le bénéficiaire eût sa rente dans tous les cas.

Il est de toute évidence cependant que les charges purement personnelles : v. g. se marier, peindre un tableau, etc., ne passent pas au colégataire.

Remarquons en passant, une différence entre la révocation et la caducité : La révocation entraîne l'annulation du legs et de la charge ; la caducité laisse subsister la charge, à moins qu'elle ne soit personnelle.

L'opinon que nous venons d'exposer est généralement suivie par les auteurs (1), cependant quelques-uns (2)

(1) Arntz, n° 2182 ; — Baudry-Lacantinerie, n° 638 ; — Mourlon, n° 900 ; — Colmet de Santerre, n° 109 bis, XI ; — D'Hauthuille, p. 183 ; — Demolombe, n° 396 ; — Laurent, n° 319 ; — Troplong, n° 2181 ; — Toullier-Duvergier, n° 695 ; — Proudhon, t. II, n° 643.

(2) Duranton, n°s 516 et 517 ; — Dalloz, *Rép. aph.*, v° *Acc.*, n° 4427 ; — Aubry et Rau, t. VII, § 726, note 48, p. 542.

du testateur, c'est-à-dire qu'on blesserait l'équité (1).

§ 2. — *A quel moment le légataire doit-il être capable pour profiter du droit d'accroissement.* — *Règle :* portio portioni accrescit.

Il peut se faire que le légataire capable lors de l'ouverture de son legs, soit devenu incapable au moment où l'accroissement se produit. V. g. Primus accepte son legs et meurt ; Secundus répudie sa part, à qui profite-t-elle ? de même Primus est gratifié d'un legs pur et simple, il l'accepte et meurt ; Secundus son colégataire est gratifié d'un legs conditionnel et il meurt avant l'arrivée de la condition (2) ; ou bien Secundus vit, mais la condition ne se réalise pas ; ou enfin le legs est conditionnel pour les deux, et Primus ne meurt qu'après l'arrivée de la condition. Dans tous les cas, que devient la part défaillante ?

En droit romain, on admettait la maxime *portio portioni accrescit.* Cette maxime doit encore s'appliquer dans notre droit. En effet l'accroissement a pour but de réunir les parts défaillantes aux parts acceptées. Les héritiers du légataire ont succédé à tous ses droits. Or, celui-ci était appelé à recueillir la totalité du legs à défaut de tout concurrent ; il avait la chance d'exercer pleinement le droit qu'il tenait de la volonté du testateur, l'espoir de conserver intégralement la libéralité qu'il avait dû partager avec son colégataire. Le droit d'accroissement fait partie du legs et passe aux héritiers avec lui.

(1) D'Hauthuille, p. 185 ; — Demolombe, n° 399 ; — Laurent, n° 319.
(2) L. 26, D., § 1, *De cond. et demonstrat.*, 35, 1.

Si Primus qui a répudié sa part, devient héritier de Secundus, son colégataire, mort après le *dies cedit*, sans avoir accepté ni répudié, a-t-il le droit de recueillir tout le legs, c'est-à-dire même la part qu'il avait primitivement répudiée ? Oui, car Primus a succédé à tous les droits du défunt (1).

Signalons au passage, une différence entre la substitution vulgaire et le droit d'accroissement. L'accroissement, nous venons de le dire, se fait *portioni*, la substitution se fait de la personne à la personne et suppose la survie à la répudiation du premier légataire, car la substitution est un appel en sous-ordre, une disposition conditionnelle : si le premier légataire ne recueille pas.

M. Colmet de Santerre (2) qui voit dans la conjonction établie par le code civil, une sorte de substitution vulgaire tacite, rejette la solution que nous pensons devoir admettre. Cet éminent jurisconsulte enseigne en effet que, au moment de son décès, Primus n'a pu acquérir qu'un droit éventuel sur la part de Secundus, droit dont il n'était légataire que sous la condition de la défaillance de son colégataire, condition qui ne s'est pas réalisée de son vivant : « Il n'en était légataire, dans la pensée du testateur que sous la condition de la défaillance du colégataire. Il faut donc lui appliquer la règle sur les legs conditionnels (1040), et exiger qu'il soit capable lors de l'évènement de la condition. C'est la règle ancienne sur les substitués vulgairement, que nous devons appliquer aux colégataires conjoints, puisque nous voyons dans la conjonction une sorte de substitution vulgaire tacite ».

(1) Demolombe, n° 390 ; — Marcadé, n° 4 ; — Toullier, n° 696 ; — Dalloz, v° *Accroiss.*, *Rep. alp.*, n° 4430.

(2) Colmet de Santerre, n° 199 bis, IX.

L'auteur ajoute ensuite cette autre considération que le legs ayant un caractère personnel, il est possible que le testateur eût préféré d'autres personnes aux héritiers du légataire.

Nous ne pensons pas que ce système soit conforme à l'esprit des articles 1044 et 1045. Il tend à confondre la substitution vulgaire et le droit d'accroissement, confusion que les rédacteurs du Code ont voulu éviter, puisque, d'une part, dans l'article 896, ils s'occupent de la substitution, et dans les articles 1044 et 1045, du droit d'accroissement ; et d'autre part, ils conservent le mot d'accroissement, donnant ainsi à entendre qu'ils ont voulu la chose représentée par cette expression.

Ainsi, les successeurs *in universum jus* d'un légataire conjoint pourront, le cas échéant, en vertu de la maxime *portio portioni accrescit*, bénéficier du droit d'accroissement, comme le légataire lui-même aurait pu le faire.

§ 3. — *Règles relatives au partage*

En principe, la part du défaillant se partage entre les autres colégataires, par portions égales, puisque chacun d'eux est appelé éventuellement à la totalité de l'objet légué. Mais il se peut que le testateur ait voulu diviser les légataires par souches, par groupes, de façon à ce que la caducité de la part de l'un des légataires d'un groupe ne profitât qu'aux autres légataires de ce même groupe comme par une substitution exclusive des autres légataires. Dans ce cas, on devra suivre la volonté du défunt, si elle ressort nettement de l'examen du testament. V. g. Je lègue le fonds Cornélien aux enfants de mon

frère et aux enfants de ma sœur. On peut interpréter la volonté du testateur en ce sens qu'il a voulu faire un partage par souches, c'est-à-dire que si l'un des enfants de son frère fait défaut, cette défaillance profitera seulement aux autres enfants de ce frère (1).

Si on suppose plusieurs dispositions de la même chose au profit de plusieurs légataires, c'est-à-dire, le concours de légataires conjoints *re et verbis* et de légataires conjoints *re tantum*, les premiers ne recueilleront à eux tous qu'une part virile, *conjuncti enim (re et verbis) unius personæ vice funguntur*. Exemple : je lègue mon domaine de Boischarmant à Primus et à Secundus ; je lègue le même domaine à Tertius ; je lègue le même domaine à Quartus. En cas de concours, le legs se partagera en trois parts : l'une sera attribuée à Primus et à Secundus, légataires conjoints *re et verbis* ; l'autre à Tertius conjoint *re tantum ;* la dernière à Quartus également conjoint *re tantum*. Si Secundus fait défaut, sa part profite à Primus et réciproquement. La part des conjoints *re et verbis* ne compte que pour une : Secundus privait Primus de la moitié de sa part, mais il n'enlevait rien aux autres, car ceux-ci auraient eu les mêmes parts, si Secundus eût été institué seul en concurrence avec eux. Si Tertius ou Quartus manque, sa part accroît, pour moitié, à Primus et à Secundus, et, pour moitié, au légataire conjoint *re tantum* qui reste, car c'est dans cette limite que Tertius ou Quartus restreint le droit des autres (2).

(1) Aubry et Rau, t. VII, p. 542, § 726, texte et note 47 ; — V. aussi Cass., 5 décembre 1881, Godscholck, Sir., 82, 1, 173.

(2) Toullier, n° 687 ; — Duranton, n° 515 ; — Demolombe, n° 394 ; — Laurent, n° 320.

Cependant, un auteur ne fait aucune distinction entre les légataires conjoints *re et verbis* et les conjoints *re tantum*. Il ne reconnaît aucune préférence aux premiers. Selon Marcadé, en effet, le partage doit s'opérer par égales portions, parce que chacun étant appelé à la totalité du legs, avait un droit identique à celui de tous les autres (1).

Le testateur a légué à Primus la totalité du fonds A, puis à Secundus la moitié de ce même fonds ; ou bien il a légué à Primus tout son patrimoine et à Secundus la moitié de ce même patrimoine. Comment le partage doit-il se faire?

En droit romain, trois opinions sur ce point :

Suivant une première opinion, Primus doit avoir les trois quarts de l'objet légué. En effet, Primus, en vertu de son titre, a droit à la moitié du legs ; mais en outre, comme il est légataire du tout, il est aussi légataire de la seconde moitié et doit avoir la moitié de cette moitié (L. 19, D., *de usuf. leg.*, XXXIII, 2, *fr. Modestin*).

D'après une seconde opinion, Primus doit avoir les deux tiers de l'objet légué, car le testateur dont la volonté fait loi, a voulu que Primus eût un lot double de celui de Secundus, car telle est la proportion du tout à la moitié.

Enfin, dans une dernière opinion, Primus doit avoir la moitié du legs, car telle est l'intention présumée du défunt (L. 23, C. *de Legat.*, VI, 37).

Cette dernière solution a passé dans l'ancien droit et doit être admise aujourd'hui. Et en effet, l'héritier institué

(1) Marcadé, n° 4.

remplace l'héritier de la loi qui devrait faire la délivrance de tout ce qui a été légué à d'autres, à titre universel (1011) ou à titre particulier (1014). L'autoriser à retenir une partie, serait le libérer d'autant de la dette que le testateur a mise à sa charge. De plus, les dispositions plus spéciales sont censées être un retranchement des dispositions plus générales : *In toto jure generi per speciem derogatur, et illud potissimum habetur, quod ad speciem directum est* (L. 80, R. J., L, 17) (1).

Au cas où deux personnes sont légataires conjoints, l'une d'elles peut, tant que l'autre ne se présente pas, exiger la délivrance du legs tout entier, sans être obligée de prouver préalablement que la disposition est caduque à l'égard de ses colégataires, car le tout lui est dû. Le colégataire conjoint est dans une situation analogue à celle d'un héritier qui revendiquerait les biens d'une succession : on ne peut le repousser, sous prétexte qu'il ne prouve pas qu'il est seul ou que les autres ont renoncé (2).

L'accroissement ne peut s'opérer que s'il y a caducité ou révocation ; d'où, lorsque le droit au legs s'est ouvert au profit d'un légataire, ce droit devient transmissible aux héritiers, quand même le donataire serait mort avant le partage du legs ou avant la demande en délivrance (1014), et le droit d'accroissement s'évanouit, relativement à cette part (3).

(1) Proudhon, nos 595 et 596.
(2) Id., no 678.
(3) Duranton, no 499.

§ 4. — *L'accroissement s'opère-t-il en faveur des successeurs à titre particulier ? La vente de sa part au legs, par un légataire, comprend-elle le profit possible de l'accroissement ?*

Nous avons déjà rencontré cette question qui, selon nous, doit être résolue d'après l'intention des parties. En cas de doute, il faudrait, croyons-nous, admettre la négative, car il est probable que le vendeur n'a voulu se défaire que de la chose existante lors de la vente (1). Cependant Proudhon admet l'opinion contraire et décide que le droit d'accroissement devrait avoir lieu au profit du tiers acquéreur, parce que le droit d'accroissement fait partie de la chose vendue. C'est un droit accessoirement inhérent à la qualité de colégataire ou de cohéritier. Or, les choses accessoires sont comprises dans la vente, alors même que les parties ont gardé le silence à cet égard (1615, Civ.). Le vendeur a donc virtuellement l'intention de vendre les avantages du droit d'accroissement, en vendant sans réserve son titre de colégataire ou de cohéritier. S'il y a doute sur l'intention, le pacte doit s'interpréter contre le vendeur (1602, Civ.). D'autre part, on admet que les parties ont eu l'intention virtuelle de comprendre dans le passif toutes les charges, même celles qu'elles ne connaissaient pas, il est logique d'admettre que les parties ont eu l'intention virtuelle de comprendre dans l'actif le droit d'accroissement. Le légataire transmet à son héritier son droit à l'accroissement, pourquoi ne peut-il pas le transmettre à un cessionnaire ? Tous deux ne sont-ils pas dans la même situation (2) ?

(1) D'Hauthuille, p. 83 et s. ; — Demolombe, n° 391 ; — Troplong, n° 2180.

(2) Proudhon, n° 568.

§5.—*La révocation judiciaire résultant de l'inexécution des conditions ou de l'ingratitude du légataire, doit-elle être assimilée, quant à ses effets, à la caducité et à la révocation qui a lieu par le fait du testateur? L'accroissement doit-il avoir lieu?*

Il y a controverse à cet égard.

D'après une première opinion, la négative doit être admise. En effet, dit Toullier, le droit d'accroissement cesse aussitôt que la portion du colégataire est acquise par l'acceptation. Dès lors, la déchéance prononcée ne donne pas lieu au droit d'accroissement, car, jusqu'au jugement, l'indigne est propriétaire, il gagne les fruits art. 958), sa portion n'a donc jamais été caduque. Son droit n'est pas révoqué rétroactivement et la révocation profite aux héritiers (1).

Ce motif a paru inadmissible même à ceux qui soutiennent cette opinion. En effet qu'importe que la cause de la défaillance rétroagisse ou non? La rétroactivité, comme le dit fort bien M. Laurent, ne concerne que les rapports du légataire et des tiers. Si le droit d'accroissement cessait par l'acceptation, le droit de rétention de l'héritier devrait cesser également, car ces deux droits sont analogues et ont toujours été admis dans les mêmes circonstances. Or, Toullier admet ici le droit de rétention et rejette le droit d'accroissement (2). Aussi d'Hauthuille (3) invoque-t-il une autre raison : Le testateur n'a pas dû prévoir cette cause de défaillance, ce serait donc

(1) Toullier, n° 698.
(2) Laurent, n° 313.
(3) D'Hauthuille, p. 187 et s.

aller contre sa volonté que d'admettre l'accroissement dans un cas qu'il n'a pas pu supposer. D'autre part, l'action en indignité ne peut appartenir qu'à l'héritier, car c'est lui qui continue la personne du défunt et qui, de par la loi, doit poursuivre le meurtre du défunt, donc aussi l'outrage fait à la mémoire du donateur. Quant aux biens enlevés à l'indigne, ils sont une « dépendance de cette action et la récompense de celui qui l'exerce ».

D'après une seconde opinion qui nous semble préférable, quand la révocation d'un legs a été prononcée judiciairement, ce legs doit être traité comme si la révocation avait été faite par le testateur, et la révocation judiciaire doit produire les mêmes effets que la révocation volontaire. Dès lors qu'il y a deux colégataires et que l'un ne recueille pas sa part, elle doit profiter à l'autre, sans se préoccuper de la cause de défaillance. Autrement on n'adjugerait pas au légataire tout ce qui lui est dû, car toute la chose lui a été léguée. Le droit d'accroissement fait partie du legs et est acquis avec la libéralité au colégataire qui n'est pas indigne. Quant à la révocation pour ingratitude, elle n'a pas d'effet rétroactif, parce que « l'humanité de notre code » place l'indignité en dehors de toutes les prévisions. Le légataire avait été gratifié sous la condition tacite qu'il ne se rendrait pas indigne. Or, s'il manque à cette condition, il anéantit son droit dès le principe; dès lors, son acceptation importe peu (1).

La Cour de Cassation a jugé en ce sens, que, lorsqu'un legs fait à deux personnes, par une seule et même disposition et sans distinction de parts, se trouve annulé

(1) Demolombe, n° 353 ; — Laurent, n° 313 ; — Proudhon, n°s 688 à 690 ; — Aubry et Rau, § 726, texte et note 30, t. VII, p. 535.

pour indignité, à l'égard de l'un des légataires, même après qu'il a été mis en possession, il y a lieu à accroissement au profit de l'autre (1) : « Attendu que la déclaration d'indignité, semblable pour ses effets à l'incapacité, faisant disparaître complètement la disposition testamentaire et la rendant caduque, il s'ensuit que le droit d'accroissement s'est ouvert au profit de l'autre colégataire, laquelle réunissait les conditions exigées par les articles 1043 et 1044. »

Les colégataires conjoints ont droit, dans la pensée du testateur, avant tous autres, à la chose léguée ; cette chose ne peut donc revenir à ceux que le testateur en a privés, que si tous les légataires spécialement appelés font défaut.

(1) Cass., 13 novembre 1855, Sir., 56, 1, 5 et D, 56, 1, 185, et les notes, surtout celle de Devilleneuve.

CHAPITRE V

DANS QUELLES DISPOSITIONS SE PRODUIT LE DROIT D'ACCROISSEMENT?

Il ne se produit que dans les dispositions de dernière volonté. Il n'a pas lieu dans les contrats, dans les donations entre-vifs notamment. En effet, ou bien la donation a été acceptée, et alors, au décès du donataire, la chose passera à ses héritiers; ou bien, elle ne l'a pas été, et alors, il n'y a pas de contrat. Donc, dans les deux cas, pas d'accroissement possible (1).

Proudhon s'exprime à cet égard de la façon suivante : « Le droit d'accroissement ne portant que sur la portion vacante de celui qui ne se présente pas pour accepter et recueillir, ne peut avoir lieu dans les contrats et les donations entre-vifs, où toutes les parties sont présentes pour acquérir chacune en droit soi : parce que, dans les actes de cette nature, chacun étant de suite saisi du droit qui en résulte pour lui, il n'y a point de portion vacante qui soit susceptible d'accroître à quelqu'un, pour n'avoir pas été acquise à un autre (2). »

Cependant Dalloz (3), suivant sur ce point l'opinion de Ricard, Delvincourt, Duranton, estime au contraire

(1) Troplong, n° 2186.
(2) Proudon, n° 564.
(3) Dalloz, *Rép. alph.*, t. XVI, n° 4398, v° *Acc.*

que le droit d'accroissement peut avoir lieu dans les donations entre-vifs, si l'un des donataires qui a accepté, se trouve incapable, car les présomptions de volonté qui font admettre le droit d'accroissement dans les legs, militent aussi en faveur des codonataires conjoints : « Mais si l'un des donataires qui a accepté, se trouvait incapable, ne pourrait-on pas dire que sa portion est vacante ? Les présomptions de volonté du disposant, qui font admettre l'accroissement dans les legs, ne militent-elles pas aussi en faveur des codonataires conjoints? Nous serions porté à le croire, malgré l'opinion contraire de Proudhon, et nous invoquons Ricard, n° 477, Delvincourt. n° 389, Duranton, n° 514.

L'accroissement est-il admis dans les Institutions contractuelles ?

Supposons par exemple, qu'une donation soit faite conjointement par contrat de mariage, à deux époux, sans assignation de parts. L'accroissement pourra-t-il se produire? Nous le pensons, car l'institution contractuelle est assimilée dans ses effets aux dispositions testamentaires, sauf en ce qui concerne l'irrévocabilité et quelques autres points d'une faible importance : « Elle n'est, dit Troplong (1), qu'un testament irrévocable; elle ne dispose que de la succession; on doit donc lui appliquer les règles des testaments sur l'accroissement. » On objecte que les institutions contractuelles ressemblent aux donations par l'acceptation qui en est faite, mais cette acceptation ne saisit pas le donataire comme dans les donations entre-vifs. « Toutes les dispositions à cause

(1) Troplong, n° 2187, t. IV.

de mort étant de même nature, en ce sens que les donataires ne sont jamais saisis qu'après le décès de celui auquel ils sont appelés à succéder, le droit d'accroissesement doit être admis, affirme Proudhon (2), non seulement dans les legs, mais encore en toutes donations à cause de mort, *necnon in mortis causâ donationibus*; telles que les institutions contractuelles, dans les cas, rares si l'on veut, mais possibles, où il y aurait conjonction entre les donataires. »

Mais des auteurs de mérite (3) rejettent cette solution par les motifs « que dans la forme ce testament est un contrat ; qu'il nécessite l'intervention et l'acceptation du donataire qu'il saisit d'un droit actuel, celui de se porter héritier du disposant ; que rien de semblable n'a lieu dans le testament ordinaire » ; — que l'institution contractuelle étant un contrat, les stipulations s'interprètent toujours contre le stipulant, contre le donataire dans l'espèce ; d'où on ne peut établir de solidarité active entre les donataires que si la volonté du donateur paraît telle d'après les termes du testament.

(1) Proudhon, n° 565 ; — Dalloz, v° *Acc.*, n° 4399.
(2) Coin-Delisle, sur 1082, n° 23 et s. ; — Armand Bonnet, *Des dispositions par contrat de mariage*, 1860, t. I, n° 267.

CHAPITRE VI

DU DROIT D'ACCROISSEMENT DANS LES LEGS D'USUFRUIT.

---

§ 1. — *Les anciennes particularités du droit d'usufruit subsistent-elles ?*

Les articles 1044 et 1045 du code civil, ne distinguant pas et traçant des règles générales, doivent s'appliquer aux legs d'usufruit comme aux legs de propriété qui diffèrent entre eux surtout par la durée. Dès lors, il y a lieu au droit d'accroissement, en cas de caducité de la part de l'un des colégataires. Mais faut-il admettre encore aujourd'hui les particularités qui existaient en droit romain et dans l'ancien droit ? L'accroissement peut-il se produire entre colégataires d'usufruit après que chacun est entré en jouissance de sa part ? v. g. je lègue à Primus et à Secundus l'usufruit du fonds Cornélien, et Primus fait défaut. Dans ce cas, Secundus profitera de la défaillance de ce dernier; mais si, après le partage et l'entrée en jouissance des deux légataires, Primus vient à mourir, sa part accroîtra-t-elle à Secundus ou fera-t-elle retour à la nue propriété ?

La question est controversée. — Dans un premier sys-

tème, on soutient que l'accroissement doit se produire au profit du colégataire survivant. En effet, dit-on, la règle: *ususfructus quotidie constituitur* n'était pas la raison de décider des jurisconsultes romains, mais une simple explication de leur décision. Or, en admettant que cette explication soit insuffisante aujourd'hui, on peut en fournir une autre toute naturelle : Le droit d'accroissement est fondé sur la vocation à la totalité, mais le concours amène un décroissement, une restriction au droit des appelés : *concursu partes fiunt*, parce qu'il est impossible de donner la même chose à plusieurs légataires; or, si ce concours n'a pas lieu, par exemple, à cause du décès de l'un des légataires, l'autre doit exercer son droit dans toute sa plénitude. Il doit recueillir la totalité de sa libéralité, par droit de non-décroissement, *jure non decrescendi*, quand il ne rencontre aucun obstacle à l'exécution complète de son legs.

Remarquons maintenant le caractère de l'obstacle au droit d'accroissement, obstacle dû à la présence du colégataire. Cet obstacle est perpétuel et de droit, quand il s'agit d'un legs de propriété. En effet après le *dies cedit*, le droit de propriété devient transmissible aux héritiers. Le survivant de deux légataires en propriété est donc écarté par les successeurs *in universum jus* du prédécédé. Il ne pourrait recueillir la part défaillante qu'au moyen d'une substitution prohibée par l'art. 896. L'accroissement est donc à jamais impossible dans un legs de propriété, lorsque tous les gratifiés ont accepté. Mais, il est temporaire et de fait, s'il s'agit d'un legs d'usufruit. En effet, le droit d'usufruit qui est un droit de jouissance et dont l'utilité ne s'acquiert que successivement, est un droit attaché à la personne, il ne passe point aux héri-

tiers. Or, les deux cousufruitiers ont été gratifiés à l'exclusion de l'héritier: n'est-il pas rationnel dès lors, que le survivant recueille de préférence à celui-ci, la part du cousufruitier décédé dont la présence l'empêchait d'obtenir la totalité de son legs ? « d'autant dit Troplong (1) que l'usufruit a un caractère qui fait qu'il s'attache plus aux personnes qu'au fond : *jus personale*, disait Cujas, *quod cohæret personæ*. Les personnes des usufruitiers sont une classe distincte des nus propriétaires, et tant qu'il en reste une, l'usufruit répugne à se consolider à la nue propriété. » « Ils est naturel, ajoute Coin-Delisle (2), que la volonté continue d'être exécutée et tourne au profit du légataire survivant, même quand l'autre a recueilli; car ce qui a été donné, c'est l'usufruit pendant la durée de la plus longue vie des deux légataires.»

En résumé, dans les legs de propriété, l'accroissement ne peut plus avoir lieu après l'acceptation par les divers légataires, parce que la part du défaillant n'est point vacante, mais est transmise immédiatement à son héritier, à son continuateur juridique ; mais, dans le legs d'usufruit cet obstacle n'existe pas, puisque l'usufruit est personnel c'est-à-dire intransmissible aux héritiers; aussi, quand l'un des cousufruitiers est décédé, l'autre qui survit doit pouvoir exercer son droit *in solidum*, tel qu'il le tenait *ab initio* de la volonté du disposant (3).

Malgré la force de ce raisonnement, nous préférons

(1) Troplong, t. IV, n° 2184.

(2) Coin-Delisle, n° 10.

(3) Bayle-Mouillard sur Grenier, t. III, n° 353, note *a* ; — D'Hauthuille, p. 197 à 203 ; — Coin-Delisle. Sur 1044 et 1045, n° 10 ; — Duranton, t IV, n° 655 et s. ; — Marcadé, sur 1044, 1045, n° 5 ; —Troplong, t. IV, n° 2184 ; — Van Wetter, p. 413 ; — Grenier, *Rép. gén. d'enregistrement*, 1883, t. I, p. 70, n° 266.

une seconde opinion, consistant à dire que le droit d'accroissement ne peut s'opérer, au profit du survivant, et que la part de l'usufruitier décédé après son acceptation, doit faire retour à la nue propriété, à moins que la volonté contraire du testateur, principe régulateur en la matière, ne résulte des termes du testament ou des circonstances de la cause.

En effet, la solidarité, base du droit d'accroissement, n'existe plus dès que le partage a eu lieu ; chacun a des parts distinctes et il y a plusieurs legs d'usufruit qui doivent suivre les règles du droit commun. Or, quand un legs d'usufruit s'éteint, il fait retour à la nue propriété.—Les règles relatives au droit d'accroissement sont absolument générales ; en conséquence, elles s'étendent aux legs d'usufruit comme aux autres, et doivent s'y appliquer de même. Or, c'est à l'occasion de la caducité, que le législateur s'occupe du droit d'accroissement, et décide que le droit à l'accroissement s'évanouit, quand il n'y a pas caducité, c'est-à-dire quand chacun a recueilli sa part. Eh bien ! ici, il n'y a pas caducité, chaque legs a été recueilli et a produit tout son effet : le sort de chacun est irrévocablement fixé. — L'acquisition de l'usufruit se fait à un seul moment, bien que la jouissance de l'usufruit soit successive. Il n'y a qu'un legs et non plusieurs legs séparés ; la jouissance de chaque année ne doit pas être considérée comme un nouveau legs ; d'où, au moment de l'ouverture d'usufruit, les parts de chacun deviennent des legs distincts et séparés comme dans un legs de propriété. — Enfin le système contraire conduit à des conséquences inadmissibles : le droit d'accroissement, en effet, ressemble en certains points à la substitution vulgaire. Or, si on applique la règle : *portio personæ accrescit,* en

cas d'accroissement, on doit aussi l'appliquer au cas de substitution vulgaire; et alors, on fait échec au principe que le substitué est sans droit, dès que le légataire premier appelé, a recueilli sa part. Exemple : Primus colégataire de Secundus dans l'usufruit du fonds Cornélien, lui est substitué. Secundus recueille sa part et meurt. Dans l'opinion que nous rejetons, Primus, semble-t-il, devrait pouvoir encore recueillir la part du défunt. Or personne n'admet ce résultat en cas de substitution, il faut donc également le rejeter dans le cas d'accroissement.

En somme, l'argument principal de ce système est celui-ci : L'accroissement n'a lieu qu'en cas de nullité ou de caducité d'un legs; c'est ce qui résulte de la liaison qui existe entre les articles 1044 et les textes qui précèdent. Or, le legs qui a été recueilli par le légataire n'est pas caduc. Donc l'accroissement ne saurait avoir lieu (1).

Cette opinion qui consiste à assimiler, au point de vue de l'accroissement, les legs d'usufruit et les legs de propriété et à écarter les deux maximes : *ususfructus quotidie constituitur atque legatur ; ususfructus personæ accrescit,* est admise par la majorité des auteurs (1). « Il ne peut plus y avoir lieu au droit d'accroissement, disent notamment MM. Aubry et Rau, lorsque le legs s'est utilement ouvert au profit de tous les colégataires, et que ceux-ci ou leurs représentants l'ont tous accepté. Cette

(1) Favard de Langlade, V°. *Testam.*, sect., III, § 3, n° 5; — Merlin, v° *Acc.*, n° 9 ; — Vazeille, n° 11 ; — Toullier, n° 699 ; — Proudhon, n° 674 ; — Grenier, n° 353 ; — Demolombe, n° 389 ; — C. de Santerre, n° 199 bis, VIII ; — Arntz, n° 2184 ; — A. Vaugeois, professeur à Nancy, *Revue crit.*, 1868, t. XXXIII, p. 437 et s. ; — Aubry et Rau, § 726, texte et notes 52 et 53 ; — Laurent, n° 316.

règle s'applique aux legs d'usufruit aussi bien qu'aux legs de propriété. »

Enfin, la jurisprudence s'est prononcée dans le sens que nous adoptons, par un arrêt de la Cour de Rennes du 6 mars 1878 (D., 80, 2, 87).

Le sieur Alexandre P... avait légué à ses deux petites-filles, Marie et Hermance Jonglez, l'usufruit de ses biens, dans les termes suivants : « J'institue pour mes légataires universelles, conjointement et avec accroissement entre elles, Marie et Hermance Jonglez, mes deux petites-filles, en usufruit seulement, avec dispense de fournir caution, pour recueillir ensemble la moitié de toute ma fortune, savoir : Marie, ma filleule, les 3/5, et Hermance, les 2/5 de ce legs en usufruit que je leur fais par préciput et hors part. »

Marie Jonglez étant décédée, Henri Jonglez demanda que sa part fût attribuée, par droit d'accroissement, à Hermance, sa sœur; mais la Cour repoussa les prétentions du demandeur par des motifs qui sont comme un résumé très clair de la doctrine généralement adoptée :

« Attendu qu'il ressort avec évidence des termes précis de cette clause que, malgré la généralité apparente des mots, légataires universelles, le testateur n'a disposé... que de la moitié de l'usufruit de ses biens...

Attendu qu'Henri Jonglez n'est pas mieux fondé à prétendre que la part de Marie, doit être attribuée, par droit d'accroissement, à Hermance, sa sœur...; qu'en droit, l'accroissement ne peut s'opérer au profit d'un légataire qu'autant que son colégataire n'a pas recueilli le legs qui lui a été fait; que les articles 1044, 1045 se lient, d'une manière intime, aux articles 1039 et 1043 ; qu'ils ne font que consacrer une conséquence de la cadu-

cité des legs ; qu'il ne peut plus être question d'accroissement, dès lors que chacun des colégataires conjoints a recueilli sa part; qu'il n'importe plus de distinguer en cette matière entre le droit d'accroissement (*jus crescendi*), et le droit de non-décroissement (*jus non decrescendi*) ; que ces expressions, par cela que nous ne vivons pas sous le régime des lois caducaires de l'ancienne Rome, peuvent être considérées aujourd'hui comme synonymes, au point de vue juridique; que le droit d'accroissement est fondé, en effet, comme le droit de non-décroissement sur la volonté expresse ou tacite du testateur; qu'il suppose comme lui une vocation *ab initio*, d'une même chose léguée à plusieurs personnes en même temps, soit à titre universel, soit à titre particulier, ce qui n'empêche pas que, dans un cas comme dans l'autre, qu'il s'agisse du droit d'accroissement ou de non-décroissement, les droits des légataires sur la chose léguée se fixent irrévocablement au jour du décès sous l'empire de la règle nécessaire : *concursu partes fiunt*. Que ces principes vrais, pour les legs de propriété, s'appliquent aux legs d'usufruit;

Qu'on ne saurait invoquer, en cette matière, l'autorité de notre ancienne jurisprudence; qu'en effet, malgré la déclaration contraire, mais manifestement erronée, de Jaubert, dans son rapport au Tribunat, le code civil a rompu, en ce qui touche le droit d'accroissement, avec les traditions du droit romain, comme avec celles du droit coutumier; que le droit d'accroissement est aujourd'hui régi par les dispositions des art. 1039 à 1045; que ces articles ne distinguent pas entre les legs de propriété et les legs d'usufruit ; que leurs dispositions sont communes aux uns et aux autres ; que du jour où cha-

cun des colégataires conjoints, soit en propriété, soit en usufruit, a recueilli le legs, il s'est fait autant de legs distincts soit de propriété, soit d'usufruit, qu'il y avait de légataires; qu'ainsi, au jour du décès d'Alexandre P..., testateur, le legs de Marie Jonglez s'est trouvé irrévocablement fixé aux 3/5, celui d'Hermance aux 2/5 de la moitié de l'usufruit des biens du testateur;

Que l'usufruit de Marie, s'étant depuis éteint par son décès, ne doit pas accroître à la part de sa sœur, mais faire retour à la nue propriété des biens restés dans la succession du testateur;

Qu'il pouvait en être autrement, sans doute, lorsqu'il était admis, comme chez les Romains, que l'usufruit s'acquiert successivement, jour par jour; mais que, loin de reconnaître ce principe, notre législation admet au contraire, que l'usufruit est acquis en entier par la disposition qui l'établit et dans la mesure de cette disposition, ou pour mieux dire, qu'il est acquis par le décès de celui qui le lègue et tel qu'il se trouve au moment de ce décès; qu'il pourrait en être autrement, encore de nos jours et que le legs d'usufruit devrait, même après avoir été recueilli par l'un des colégataires conjoints, accroître à l'autre colégataire après le décès du premier, si le testateur en avait expressément ou tacitement manifesté la volonté;

Mais qu'une telle volonté ne résulte en aucune façon du testament sus-visé d'Alexandre P..., qu'on peut d'autant moins l'y reconnaître, que le testateur, tout en disposant de l'usufruit de ses biens en faveur de Marie et de Hermance, leur a assigné des parts inégales... »

— Lorsqu'il s'agit de rente viagère, l'accroissement

ne doit pas avoir lieu, parce qu'une rente viagère léguée à plusieurs se divise essentiellement sur la tête de chacun des légataires qui la recueillent. Un arrêt de la Cour de Dijon a jugé, en ce sens (Dijon, 21 janv. 1845. D., 45, 4, 135), qu'à moins d'une clause expresse, lorsqu'une rente viagère a été léguée à deux personnes conjointement et que l'une est morte après avoir recueilli le legs, il ne peut y avoir accroissement pour celle des deux qui a survécu à l'autre. En effet, rien n'indique qu'on ait voulu attribuer au survivant le bénéfice de la disposition applicable au décédé (En ce sens: Dall. Alph. V° Acc., n° 4440; — Contra: Grenier. Rép. gén. d'Enregt. V° Acc., n° 267).

— La dispense du droit proportionnel, pour les faits qui réalisent l'accroissement, est admise en principe par l'administration : « Dans ce cas, porte l'Instruction générale du 18 mars 1831, n° 1354, § 6, les colégataires sont réciproquement saisis d'un droit actuel et irrévocable; l'accroissement qui a lieu plus tard par suite du décès de l'un des légataires au profit des autres s'effectue par la seule force de la loi en vertu de l'art. 1045, sans qu'il en résulte une nouvelle mutation au profit du survivant ». (Grenier, n° 265).

§ 2. — *La nue propriété a été léguée à l'un et l'usufruit à l'autre, la caducité ou la répudiation du legs d'usufruit, profite-t-elle au nu propriétaire ou à l'héritier?*

La question est controversée. Aussi le testateur agira avec prudence, en indiquant pour le cas de défaillance du légataire d'usufruit, quelle attribution il entend faire du legs et la durée qu'il entend lui assigner.

Suivant les uns (1), l'usufruit doit se réunir à la nue propriété. « En effet, dit Proudhon, avec raison, le testateur en léguant à l'un la propriété et à l'autre l'usufruit, a, par là même, voulu placer le plein domaine du fonds hors de la succession déférée à son héritier ; celui-ci est donc sans titre pour profiter de l'extinction de l'usufruit. » L'accroissement ou mieux la consolidation, doit donc se produire au légataire de la nue propriété (L. 6, §1, D. *De usuf. adc.*, VII,2.) L'usufruit est un droit de servitude personnelle imposée sur le fonds, cette servitude s'éteignant, le fonds redevient libre.

Cette première opinion que nous croyons exacte, n'est, selon la remarque de MM. Demolombe et Aubry et Rau, qu'une conséquence de la règle générale d'après laquelle la caducité d'un legs, résultant d'une cause quelconque, autre que la perte de la chose, profite, en principe, à ceux qui étaient tenus du paiement du legs ou au préjudice desquels il aurait été exécuté : *manere oportet quod fuerit defectum, apud eos a quibus sit derelictum.*

Mais un savant professeur, M. Vaugeois, dans un article remarquable, inséré à la *Revue critique* (2), pense, au contraire, que la caducité doit profiter à l'héritier *ab intestat*, ou institué, car le legs de la nue propriété renferme toujours en faveur de l'héritier, une réserve virtuelle de l'usufruit : « Le legs d'usufruit caduc est comme s'il n'existait pas ; il en résulte que la nue propriété seule a été léguée. Donc, l'usufruit reste, comme tout ce qui n'a pas été légué, aux héritiers du

(1) Grenier, t. II, n° 354 ; — Toullier, t. V, n° 700 ; — Favard de Langlade, v° *Test.*, sect. III, § 3, n° 6 ; Proudhon, n° 520 ; — Demolombe, n° 356 ; — Aubry et Rau, § 726, texte et note 26.

(2) *Revue crit.*, 1868, t. XXXIII, p. 355.

défunt ou à ceux qui en tiennent lieu, comme le légataire universel ; en un mot, à ceux qui auraient eu l'usufruit, s'il n'avait été fait d'autre legs que le legs de nue propriété (1). » « La coexistence des deux legs ne suffit pas pour donner lieu, dans le cas de caducité du legs d'usufruit soit à l'application, au profit du nu propriétaire, de la règle « *manere a quo derelictum* » ou du droit d'accroissement, soit à une extinction proprement dite de l'usufruit, c'est-à-dire à la consolidation (*lato sensu*) ; d'un autre côté, il n'appartient qu'à la loi de présumer d'une manière absolue l'intention du disposant en faveur du légataire de nue propriété, ce qu'elle n'a pas fait. L'usufruit ne peut dès lors être attribué qu'à l'héritier ou à celui qui tient sa place, en ce qui concerne la vocation aux biens dont au point de vue de la dévolution, aurait fait partie l'usufruit, s'il n'avait pas été l'objet du legs caduc, et sa durée sera celle qu'il aurait eue si le legs d'usufruit n'avait pas été fait (2).

Un des intérêts de la question est le suivant : un légataire d'usufruit veut renoncer à son legs, pensant que la caducité profitera au légataire de la nue propriété. Faut-il lui conseiller cette renonciation ? Cela dépend de la solution qu'on adopte sur le point que nous examinons depuis quelques instants.

L'opinion que nous venons de rapporter n'a pas trouvé crédit en doctrine, et à bon droit, pensons-nous. En effet, si on suppose un légataire en nue propriété de tous les biens avec un légataire en usufruit de ces mêmes biens, est-il possible d'admettre cette réserve

(1) *L. c.*, p. 362, n° 7.
(2) *Revue crit.*, 1868, t. XXXIII, p. 439, n° 50.

virtuelle de l'usufruit au profit de l'héritier ? Pour échapper à cette objection, l'auteur est forcé de soutenir que le legs de la nue propriété de tous les biens n'est qu'un legs à titre universel. Solution évidemment inadmissible, selon la remarque de MM. Aubry et Rau (1).

La Cour de Cassation s'est prononcée contre l'accroissement au profit du légataire de la nue propriété. La caducité d'un legs d'usufruit ne donne pas lieu à un accroissement au profit du légataire de la nue propriété, si les deux legs n'ont pas éte faits conjointement, mais par deux dispositions distinctes et séparées (2).

Voici l'espèce sur laquelle la Cour de Cassation a rendu son arrêt. La dame Bouché avait donné en legs à Charles Bouché, l'un de ses enfants, le quart de ses biens, par préciput et hors part, puis à son mari, l'usufruit de la moitié de ses biens. Le père retint abusivement le testament jusqu'à sa mort. Les enfants partagèrent alors par égales portions la part de leur mère. Le père mourut sans accepter le legs d'usufruit. Le testament fut alors découvert. Charles demanda un nouveau partage et réclama son préciput et les fruits afférents à ce préciput à partir du décès de la mère, le legs d'usufruit étant devenu caduc faute d'acceptation. Les frères du demandeur soutinrent qu'il n'avait droit aux fruits qu'à compter du jour de sa demande en délivrance, faute par lui d'avoir formé sa demande dans l'année du décès de la testatrice (art. 1005).

Le tribunal de Montpellier ordonna que les fruits ne seraient dus qu'à partir de l'assignation introductive

(1) Aubry et Rau, t. VII, p. 534, § 726, note 26.
(2) Cass., 3 juin 1861, D., 61, 1, 327 et S. 61, 1, 961, notes.

d'instance. Mais, sur l'appel de Charles Bouché, la Cour de Montpellier décida que les fruits seraient comptés du jour du décès du père (et non de celui de la mère), car il pouvait accepter jusqu'à son décès, et la demande tardive en délivrance qu'il pouvait former ne lui eût fait perdre que les fruits antérieurs à la date d'introduction, en laissant à son legs son efficacité pour l'avenir.

Enfin, sur le pourvoi de Charles Bouché, la Cour se prononça contre l'accroissement dont Charles réclamait le profit, en se fondant sur la caducité du legs, due au défaut d'acceptation par le mari de la testatrice :

« ... Considérant d'ailleurs qu'il n'est aucunement justifié par le demandeur que le legs à lui fait par la dame Bouché, sa mère, du quart de ses biens et le legs en usufruit fait par la dite dame Bouché à son mari, aient été faits conjointement ; que tout indique, au contraire, que ces legs ont eu lieu par des dispositions distinctes et séparées, d'où il suit qu'aux termes de l'article 1044, il ne pouvait y avoir lieu, dans l'espèce, à accroissement. »

Cet arrêt a donné lieu à plusieurs observations. Il juge, en effet, que le legs d'usufruit n'accroît pas au legs de nue propriété, lorsque les deux legs ont été faits par deux dispositions séparées ; mais alors, on pourrait croire qu'il en serait autrement et qu'il y aurait lieu à accroissement, si la nue propriété avait été léguée à l'un et l'usufruit à l'autre, par une seule et même disposition. Or, même dans ce cas, il n'y aurait pas accroissement. La Cour n'avait pas, pour refuser l'accroissement, à s'attacher à ce fait que les légataires étaient gratifiés par des dispositions distinctes. Il suffit, en effet, pour que l'accroissement se produise, qu'il y ait une conjonction *re et verbis* ou *re tantum*.

L'accroissement reposant sur la conjonction, et la conjonction faisant défaut dans l'espèce, puisqu'il n'y a pas identité de chose léguée, la Cour a sainement jugé, comme le fait observer l'éminent jurisconsulte belge M. Laurent (1). Mais, nous ne croyons pas qu'il soit exact de dire que le droit du nu propriétaire sur le legs d'usufruit ait sa source dans l'accroissement. Il l'a bien plutôt dans la nature du droit de propriété qui implique la réunion de l'usufruit à la nue propriété, quand l'usufruitier ne peut plus profiter de son droit.

Il faut remarquer aussi avec l'arrêtiste de Sirey, qu'il n'est pas exact de dire, comme paraît le supposer la Cour suprême, qu'un legs non accepté par suite de la mort du titulaire soit caduc, car l'acceptation se présume et est possible même de la part des héritiers. Dès lors : « le décès du légataire d'usufruit, avant acceptation du legs, n'emporte point, par lui-même, déchéance de ce legs, relativement aux fruits jusque-là échus ; si le légataire de la nue propriété ne profite point de ces fruits, ce ne peut être à cause d'un droit d'accroissement dont il ne saurait être ici question : c'est uniquement parce que les héritiers du légataire sont appelés à les recueillir en l'absence de toute renonciation de leur part. »

Même s'il y avait caducité, il n'y aurait pas lieu d'appliquer les règles du droit d'accroissement, et on arriverait à une solution opposée à celle de la Cour régulatrice, car il est de principe que la caducité d'un legs profite à celui qui en était grevé ou auquel il aurait nui, et qu'ainsi, lorsque le legs d'usufruit est caduc, l'usufruit retourne à la nue propriété ; effet qui se produit en l'ab-

(1) Laurent, t. XIV, n° 317.

sence même de toute conjonction. Mais, dans l'espèce, le legs ne pouvait être considéré comme caduc, et c'est ce motif qui justifie, au fond, l'arrêt de la Cour.

Si le legs d'usufruit est alternatif, de sorte que les deux colégataires devront jouir, par exemple : l'un pendant la première année, l'autre pendant la seconde, l'accroissement ne peut avoir lieu, parce qu'il y a deux legs distincts, c'est-à-dire absence de conjonction réelle ; d'où, l'un venant à manquer, son droit se consolidera à la nue propriété (1).

§ 3. — *L'accroissement a-t-il lieu dans les legs d'aliments ?* (2)

Oui, dit un auteur remarquable (3), car ce legs est fait par une seule et même disposition, sans que le testateur ait assigné la part des légataires de la chose léguée ; et, c'est, dès lors, en vertu du texte même de l'article 1044, qu'il doit produire le droit d'accroissement. — Supposez que Primus et Secundus se présentent pour recevoir leur legs, peut-on dire que si le revenu de la ferme léguée est de 4,000 francs, il dépasse leurs besoins et qu'ils devront être réduits à 3,000 francs? Non. Eh bien ! à défaut de Primus, Secundus sera légataire de toute la ferme, comme ils en auraient été tous deux légataires en cas de concours. Les besoins de chacun et les ressources qui

(1) Proudhon, n° 677.

(2) Exemple : « Je lègue à Primus et à Secundus l'usufruit de ma ferme, pour aliments. »

(3) Demolombe, n° 386.

doivent y faire face, sont variables et d'une appréciation arbitraire. Or, le testateur a fait cette appréciation souverainement, en indiquant la cause de son legs et le *quantum* des revenus alimentaires.

Non, pensons-nous avec Proudhon (1) et Troplong (2), car, si un tel legs comprenait quelque chose de plus que ce qui a été jugé nécessaire aux besoins du gratifié, il cesserait d'être un legs d'aliments. Il est limité aux nécessités de celui auquel il est fait ; il est borné par la mesure de ses besoins personnels : « Enfin, il n'y aurait pas de conjonction réelle parfaitement entière, ni de droit d'accroissement absolument total, dans le legs d'usufruit fait à plusieurs, pour leur tenir lieu d'aliments, attendu que l'objet de la libéralité est alors borné envers chacun des légataires, par la mesure de ses besoins personnels. » Mais la caducité du legs de l'un profiterait à l'autre, si le revenu du fonds ne suffisait pas aux besoins des gratifiés, car on resterait alors dans les limites fixées du legs d'aliments.

En résumé, pour qu'il y ait lieu au droit d'acroissement entre colégataires, il faut solidarité de vocation entre eux, solidarité qui a sa source dans la volonté formelle ou tacite du testateur. Lorsque cette intention est douteuse, elle est interprétée d'après la formule du legs, par le législateur lui-même, dans les articles 1044 et 1045. Suivant ces textes, il y a lieu au droit d'accroissement quand le legs est réputé fait conjointement, c'est-à-dire avec identité de vocation. C'est ce qui arrive, si les légataires sont conjoints *re et verbis* ou *re tantum*, la chose

(1) Proudhon, *Usuf.*, n° 578.
(2) Troplong, t. IV, n° 2189.

n'étant pas susceptible de division sans détérioration.

Les articles 1044 et 1045 contiennent des présomptions susceptibles d'être combattues par la preuve contraire.

La part défaillante accroît, en principe, dans la proportion que chacun est appelé à prendre dans la chose léguée, facultativement mais avec la charge.

Le droit d'accroissement a lieu dans les legs d'usufruit conformément au droit commun; mais si tous les légataires viennent au legs et que l'un décède, c'est le nu propriétaire qui bénéficie de l'extinction de l'usufruit.

D'un mot, « c'est l'intention du testateur qui décide et cette intention est appréciée par le juge dans chaque espèce, sans distinguer s'il y a une institution d'héritier ou un legs particulier (1). »

(1) Laurent. *Avant-projet de révision du C. civ.*, 1883, t. III, n° 7, *in fine*, sur 1044 et 1045, p. 407.

DROIT COMPARÉ [1]

ANGLETERRE

ART. 553. — Les terres léguées à une personne qui y renonce ou qui est incertaine, reviennent à l'héritier ; celles qui sont léguées à un criminel où à un étranger, vont au roi (1043, C. civ.).

ART. 554. — Comme 1044 et 1045, C. civ.

ART. 555. — L'inexécution des conditions imposées au legs fait retourner le bien aux héritiers du testateur, ou au légataire général s'il y en a un (1046, C. civ.).

(Anth. St.-Joseph, t. 2, p. 256.)

N° 126. — Il existe pour les immeubles une terre dite conjointe (*joint tenancy*) en vertu de laquelle les tenanciers possèdent en commun les biens leur vie durant et recueillent successivement, par droit de survivance ou d'accroissement, la part des prémourants. Pour que la

(1) Observat. : Les renseignements qui suivent sont extraits : Du répertoire de droit de M. Fuzier-Hermann, v° *Accroissement*, 1886 ; 2° de la concordance entre les Codes étrangers, et le Code Napol., par Anthoine de Saint-Joseph, juge au tribunal de la Seine 1856 ; 3° du *Dict. de jurisprudence*, de Prost de Royer, v° *Accroiss.*, MDCCLXXXII, 4° de la *Thémis*, t. X, article d'Holtius ; 5° de l'*Annuaire de législat. étrangère*, 2e année 1873, p. 74.

tenure soit conjointe, il faut que deux ou plusieurs personnes acquièrent un même bien, en même temps, au même titre et par le même acte. Le droit d'accroissement rend caduc tout legs qui serait fait par l'un des tenanciers conjoints au préjudice de ses consorts.

N° 127. — La simple indivision entre cohéritiers (*coparcenary*) n'engendre pas le même droit d'accroissement au profit des survivants.

N° 128. — Spécialement en matière de legs, le droit d'accroissement existe au profit des colégataires, lorsque le testateur a inséré dans ses dispositions de dernière volonté une clause *of accruer*.

N° 129. — Tel serait le cas où léguant 300 livres à trois mineurs A, B, C, le testateur ordonnerait que si l'un d'eux vient à mourir avant l'âge de 21 ans, les survivants recueilleraient sa part.

N° 130). — Mais le droit anglais présente cette particularité, que le *jus accrescendi*, sauf clause contraire expresse, ne s'étend pas à ce qui a pu s'ajouter, par un effet antérieur du même droit, à la part que le survivant prétend recueillir.

N° 131. — Ainsi, si A meurt et que B et C atteignent tous deux l'âge de 21 ans, ils recueilleront chacun, outre leurs 100 livres personnelles, 50 livres du chef de A ; mais si B meurt à son tour, C, seul survivant, recueillera bien la part propre de B, soit 100 livres, mais non les 50 livres qui s'y seraient ajoutées pour B lui-même du chef de A. — (Jarman, Wills, II, 661. Watson, Camp. Eq. II, 1131).

(Fuzier-Hermann, V° Acc., n°s 126 à 131.)

AUTRICHE

Le Code civil Autrichien a été publié le 1er juillet 1811. Il se rapproche plutôt du code civil français que du code prussien.

Art. 560. — Si tous les héritiers ont été nommés sans désignation de parts, et qu'un d'entre eux ne puisse ou ne veuille pas accepter, la part du renonçant profitera aux autres (1044).

Art. 561. — Lorsqu'un ou plusieurs héritiers sont institués avec un ou plusieurs autres sans parts déterminées, la part délaissée par ceux-là accroît à ceux-ci (*ibid.*).

Art. 562. — Mais en aucun cas, l'héritier avec institution déterminée ne profite de l'accroissement. Quand il n'y a que des héritiers de cette nature, la renonciation de l'un d'eux profite aux héritiers *ab intestat*.

Art. 563. — Celui qui prend la part délaissée s'oblige aux charges qui y sont attachées, à moins qu'elles ne soient purement personnelles.

Art. 650. — Un légataire ne peut se soustraire à l'obligation de payer qui lui a été imposée, sous prétexte que ce legs excède la valeur du sien ; mais s'il n'accepte pas le legs qui lui a été constitué, celui qui recueille à sa place doit accomplir cette charge, sinon l'abandonner au légataire dont le legs est assigné sur la chose léguée (1013, Civ.)

Art. 684. — Aussitôt après la mort du testateur, le légataire acquiert pour lui et ses héritiers un droit sur

les legs, mais le droit de propriété sur la chose léguée s'acquiert dans les formes ordinaires (1014, Civ.).

Art. 689. — Un legs refusé devient la propriété de l'héritier, à moins de substitution et de destination à plusieurs personnes en commun. Dans ce dernier cas, il y a lieu à accroissement.

(Anth. St-Joseph, t. 1, p. 101, 104, 107, 108.)

De ces textes, il résulte :

1° Que le droit d'accroissement a lieu entre les *conjuncti* ou les *disjuncti*, le dernier texte cité (689) étant général ;

2° La clause par portions égales (*æquis partibus*) n'empêche pas le droit d'accroissement, mais il en est différemment de l'assignation de parts mêmes parts égales ;

3° L'accroissement a lieu *volentibus sed cum onere* (563 et 650) ;

4° Le légataire n'est jamais que créancier (Argt des § 684, 424 et 425) et ce n'est que par la délivrance qu'il doit demander qu'il acquiert la propriété.

(Holtius, Thémis. T. X. p. 345.)

BELGIQUE

On suit les mêmes dispositions qu'en droit français (Fuzier-Herm., n° 133). Cependant le législateur belge, dans le but de trancher la difficulté, applique les dispositions qui correspondent à nos articles 1044 et 1045, même aux héritiers institués. L'inconvénient de cette

législation se manifeste néanmoins dans le cas où deux héritiers universels sont institués par des formules séparées: le colégataire restant ne pourra pas profiter de la part du légataire défaillant parce que la chose est divisible. Et, dit Holtius (T. X, p. 348, Thém.), « ce résultat extraordinaire, qui certainement n'a pas été voulu, n'est racheté ni par la rareté du fait supposé, ni par le faible avantage de l'innovation ».

D'autre part, la clause « par portions égales » ou « par parts égales », n'est pas une assignation de parts et n'empêche pas le droit d'accroissement.

Enfin, comme en Autriche, le légataire n'a qu'un droit de créance ; de sorte que, dit Holtius (T. X, p. 349, Thém.), « en Belgique comme en Autriche, nul ne pourra léguer son droit de propriété. »

BOLIVIE

C'est le seul pays de l'Amérique du Sud qui se soit affranchi du droit espagnol que les autres continuent à suivre.

Art. 973 du C. civ. de 1843. — Le droit d'accroissement entre les héritiers, et les légataires étrangers dépend de la volonté du testateur qui peut également régler le mode d'accroissement entre les héritiers institués (786, 1044, 1045, C. civ.).

Art. 974. — A défaut de dispositions du testateur, les héritiers ou les légataires se partageront la succession en portions égales ou inégales, déterminées ou indéterminées, et les portions dont il n'aura pas disposé, seront dévolues aux héritiers *ab intestat*.

Art. 975. — Il y a lieu à accroissement au profit des ascendants ou descendants légitimes, et des enfants naturels reconnus, quant à leurs légitimes, et aux libéralités qui leur ont été faites sur la portion disponible par leurs ascendants ou descendants respectifs.

Art. 957. Le droit d'accroissement entre ascendants ou descendants ou enfants naturels reconnus ne s'exerce que dans le cas où le cohéritier ou le légataire sera décédé avant le testateur. Néanmoins l'accroissement s'opèrera en faveur des cohéritiers de l'indigne ou de l'exhérédé quant à la légitime et aux donations qui leur auront été faites, déduction faite de la part réservataire que la loi accorde aux enfants. — (Anth. Saint-Joseph, t. 2, p. 97.)

ESPAGNE

L'Espagne a accepté les institutions des Romains auxquels elle fut soumise, mais elle les a modifiées sur certains points. C'est ainsi qu'elle rejette la règle *partim testatus*, *partim intestatus* et le droit d'accroissement entre colégataires pour attribuer les parts défaillantes avec leurs charges aux héritiers institués. Galindo (T. 12, *de leg.*, p. 523 et s., Phœnix, jurisp. Hispaniæ. t. 3, *de test.*) est de cet avis et il en donne cette raison que les subtilités du droit d'accroissement portent « sur le plus frêle fondement, sur l'intention du testateur », et qu'il est absurde « de supposer de pareilles présomptions dans presque tous les citoyens » : « *Nec præsumi posse videatur non modo in homine rustico, sed nec in quolibet alio, quoniam vix aliquæ sunt in hâc re certa principia et a nemine dubitata... Stet itaque jam*

nunc sententia generaliter jus denegans accrescendi, ut deficiens portio rei pluribus conjunctim, disjunctim, aut utroque modo legata apud hæredem maneat : cum onere tamen, si quod illi erat injunctum. »

(De Royer. Dict. de jurisp. V° Acc., t. 2, p. 186.)

Le droit d'accroissement n'est plus reconnu aujourd'hui qu'en vertu d'une disposition expresse du testateur et dans la mesure où il le confère (L. 1, tit. 18, liv. 10, Novis. Recop.) Pour qu'il puisse s'exercer, il faut : 1° que l'un des cohéritiers ou colégataires soit empêché par une cause quelconque de recueillir ce qui lui a été attribué ; 2° qu'il y ait entre lui et ceux qui prétendent exercer le droit, une véritable *conjunctio*, soit *re et verbis*, soit *re tantum*. L. 33, t. 9, part. 6. — Fuzier Hermann, Rép. V° Acc., n° 134.

ÉTATS-UNIS (ILLINOIS)

Art. 5 de l'acte du 29 mars 1872 concernant les transmissions de propriété (traduction et notes de MM. Alexandre Ribot, substitut au tribunal de la Seine et H. Dubuit, avocat à la cour de Paris). — « Les mots *tenure in joint tenancy* devront être interprétés dans les actes contenant donation, testament ou autre translation de propriété, comme entraînant seulement l'indivision entre les acquéreurs, sans aucun *jus accrescendi* entre eux ; cette disposition ne recevra d'exception qu'en cas d'une stipulation expresse du droit de survivance, ou dans le cas où la disposition serait faite en faveur de *trustees* ou d'exécuteurs testamentaires. »

Note 3. — « Il est en effet indispensable qu'en cas de mort d'un des fidéicommissaires (*trustees*) ou des exécuteurs testamentaires, les survivants ou le dernier d'entre eux demeure seul investi à l'exclusion des héritiers de ceux qui sont prédécédés. »

(Annuaire de Législ. étrang., 2e an., 1873, p. 74.)

HOLLANDE

Art. 1048 (du C. civ. hollandais qui est exécutoire depuis 1838 et est une des législations les plus remarquables). — Comme 1043 C. civ. Il est ajouté : Si la disposition testamentaire contient des avantages en faveur de tiers, l'héritier institué ou le légataire en restera chargé : sauf la faculté de la répudier purement et simplement au profit des tiers.

Art. 1049. — Comme 1044, § 1, C. civ. Il est ajouté : Et où il n'aura pas d'effet à l'égard de quelques-uns d'entre eux. — 2e §. Comme 2e §, C. civ. — 3e §. L'expression *pour parts* ou *portions égales* ne sera pas réputée contenir des parts assignées à chacun des colégataires mentionnés dans le présent article.

Art. 1050. — Comme 1045, C. civ.

Art. 1051. — On pourra demander après le décès du testateur que ses dispositions testamentaires soient déclarées caduques pour cause d'inexécution des conditions. — Le reste § 2 et 3 comme 954, C. civ.

(Anth. Saint Joseph, t. 2, p. 385).

ILES IONIENNES

(Code civ. du 10 mars 1841, emprunté au C. civ. franç.)

Art. 954 à 961 comme 1040 à 1047, C. civ.

(Anth. Saint Joseph, t. 2. p. 437).

ITALIE

(C. civ. Ital. promulgué à Florence le 25 juin 1865 et devenu exécutoire dans toute l'Italie à partir du 1er janv. 1866).

Art. 879. — Si l'un des héritiers institués est prédécédé au testateur, ou renonce à l'hérédité, ou est incapable, sa portion est dévolue au cohéritier ou aux cohéritiers, lorsqu'il y a lieu au droit d'accroissement, sauf ce qui est établi par l'art. 890.

Art. 880. — Le droit d'accroissement a lieu entre cohéritiers, lorsque dans un même testament et par une seule et même disposition, ils ont été conjointement appelés, sans que le testateur ait fait entre eux une distribution de parts.

Art. 881. — La distribution de parts est censée faite dans le cas seulement où le testateur a expressément indiqué une quotité à chacun. La simple expression *par égales parts* ou *en égales portions* n'exclut pas le droit d'accroissement.

Art. 882. — Les cohéritiers auxquels, en vertu du droit d'accroissement est dévolue la portion de l'héritier

manquant, supportent les obligations et les charges auxquelles ils seront soumis.

Art. 883. — Chaque fois que le droit d'accroissement n'a pas lieu, la portion de l'héritier manquant est dévolue aux héritiers légitimes du testateur. Ceux-ci ont à supporter les charges et les obligations auxquelles était soumis l'héritier manquant.

Art. 884. — Lorsque l'un des légataires est prédécédé, ou qu'il renonce au legs, ou qu'il en est incapable, ou que la condition sous laquelle il était appelé vient à manquer, il y a encore lieu entre les légataires au droit d'accroissement en conformité des articles 880 et 881, et il en est de même quand une chose a été léguée à plusieurs personnes dans le même testament, même par une disposition séparée.

Art. 885. — Si un usufruit a été laissé à plusieurs personnes de manière que, d'après les règles établies ci-dessus, il y ait entre elles droit d'accroissement, la portion de celui qui fait défaut même après l'acceptation du legs, accroît toujours aux autres usufruitiers. S'il n'y a pas lieu au droit d'accroissement, la portion dudit défaillant se consolide avec la propriété.

Art. 886. — S'il n'y a pas lieu à accroissement entre les légataires, la portion du défaillant profite à l'héritier ou au légataire personnellement chargé de l'acquittement de ce legs, ou à tous les héritiers, et à proportion de de leurs parts héréditaires, quand la succession en est chargée.

Art. 887. — La disposition de l'article 882 à l'égard des obligations auxquelles seraient soumis les cohéritiers manquant, s'applique aussi au colégataire au profit duquel a lieu le droit d'accroissement et à l'héritier ou au

légataire qui bénéficie de la caducité du legs (Huc. p. 167, t. 1. Traduct., du C. civil Ital., par Joseph Orsier, Paris, 1868).

LOUISIANE

Le Code de 1824 a été imité du nôtre.

Art. 1696. — Comme 1043, C. civ.

Art. 1697. — Le légataire universel et les légataires à titre particulier, profitent de la caducité des legs particuliers qu'ils étaient chargés d'acquitter.

Art. 1698. — Le testament est caduc quand il est survenu des enfants depuis qu'il a été fait.

Art. 1699. — Le droit d'accroissement relativement aux dispositions testamentaires ne subsistera plus que dans les cas spécifiés dans les deux articles suivants :

Art. 1700 et 1701. — Comme 1044 et 1045, C. civ.

Art. 1702. — Hors les cas prescrits aux deux précédents articles, toute portion vacante de la succession qui demeurera vacante sera dévolue aux héritiers du sang ou légitimes.

Art. 1703. — Comme 1046.

CANTON DE NEUCHATEL

(Code civ. du 30 avril 1855, fait sur le modèle du nôtre.)

Art. 759. — Si un ou plusieurs héritiers ne peuvent ou ne veulent pas recueillir leur part d'hérédité, cette part est dévolue aux autres héritiers, dans la proportion de leurs droits à l'héritage et ils ne peuvent y renoncer sans renoncer à toute la succession.

Art. 760. — Toutefois, si le testateur a divisé sa succession en portions distinctes, et appelé plusieurs héritiers conjointement à l'une de ces portions, la quote-part de cette portion qui aurait été dévolue à un héritier renonçant appartiendra aux autres héritiers conjoints.

Art. 761. — Comme 1044 et 1045.

Art. 762. — La même règle est applicable aux donations *mortis causâ*.

Art. 763. — Tout bien dont il aurait été disposé à titre de donation à cause de mort, de legs ou d'institution d'héritier et qui aurait été répudié sans que la répudiation ait donné lieu à accroissement, appartiendra de plein droit aux héritiers qui auront accepté la succession.

(Anth. St.-Joseph, t. 4, p. 485.)

PORTUGAL

« Le code civil portugais appelle *héritiers institués* les légataires universels ou à titre universel du droit français, et, d'une manière absolue, *légataires*, nos légataires à titre particulier. C. civ. de 1867, art. 1791 à 1793.

Si l'un des cohéritiers meurt avant le testateur, renonce à la succession ou se trouve incapable de la recueillir, sa part accroît aux autres cohéritiers, à moins que le testateur n'en ait ordonné autrement; les héritiers jouissent également de ce droit, lorsque les légataires ne réclament pas leur legs ou ne peuvent le recevoir. Art. 1852, 1853.

Entre légataires, il n'y a pas de droit d'accroissement. Mais, si la chose léguée est indivisible ou ne peut se partager sans détérioration, le colégataire a le choix ou

de la conserver toute entière en bonifiant aux héritiers la valeur de la part caduque, ou de la leur abandonner à charge de recevoir d'eux la part qui lui revient personnellement. Toutefois, si un legs a été grevé d'une charge qui devient caduque, le légataire bénificie du profit qui en résulte, à moins que le testateur n'en ait ordonné autrement. Art. 1854.

Les héritiers par rapport auxquels se produit l'accroissement, succèdent à tous les droits et obligations de celui dont ils prennent la part. Art. 1855.

Il leur est loisible de refuser la part qui leur accroît lorsqu'elle se trouve grevée par le testateur de charges spéciales, sauf le droit de ceux au profit de qui ces charges avaient été constituées de la prendre à leur place. Art. 1856. »

(Fuzier Hermann. V°Accrois. ; n^{os} 140 à 144.)

PRUSSE

Sigismond, marquis de Brandebourg, adopta dans son Code de 1620 les principes du droit d'accroissement tels qu'ils étaient fixés par le droit romain (*Jus provinciale ducatûs Prussiæ*, 1620, in-fol., liv. 5, *de Test.*, tit. 2 ; *De hered. inst.*, art. 2, §§ 2, 3 et 4, page 16 et t. 8; *De leg.*, art. 3, §§ 1, 2, 3, p. 32 et 33.)

Mais Frédéric (Code Frédéric, part. 2, liv. 7, t. 4, art. 1, § 11) « voulant être grand par la justice autant que par les conquêtes » coupa par le pied « *cet arbre parasite* » qui a nom droit d'accroissement, après avoir supprimé aussi la règle *partim testatus*, etc., d'où il provient. Il se proposait de tarir une source de procès. Il

considérait d'une part qu'il était conforme à l'équité de décider que la part de l'héritier institué défaillant fût recueillie par l'héritier *ab intestat ;* et d'autre part il ne voyait pas de bonne raison d'admettre dans les testaments un droit qui n'existait pas dans les contrats.

(De Royer, Dict. de jurisp., 1782, t. 2, p. 187.)

La Prusse est le pays où les nouvelles sources (Gaius) ont été le mieux exploitées, dit Holtius, (P. 322, Thém., t. X) auquel nous empruntons les renseignements qui suivent.

Antérieurement à la découverte des Instituts de Gaius, la base du droit d'accroissement était la volonté présumée du défunt (V. Hopfner, Comment^re^ sur les Inst. d'Heineccius, § 580. Edit. 5, 1803). Quant à la loi 89, *de Leg.*, 3°, elle servait d'argument pour et contre l'efficacité de la conjonction *verbis*. —Enfin on admettait le double droit d'accroissement de Justinien. — L'accroissement était facultatif, car disait-on, le colégataire accru est comme substitué au colégataire défaillant.

Depuis la découverte du palimpseste du Vérone, ces disparates ont persisté et Schweppe et Mülhenbrüch ont continué à appliquer le texte 89. *de Leg.*, 3°, au droit d'accroissement, par cela seul que ce texte figure toujours au Digeste. Ils le présentent, dans leurs Pandectes modernes comme une loi obligatoire et en font « comme la pierre angulaire de leurs systèmes dogmatiques du droit d'accroissement ». Mais une telle application de la loi 89 au droit d'accroissement est évidemment fausse. En raison, ces éminents auteurs le reconnaissent du reste. La fausseté de cette application résulte de la comparaison des deux dates du Code et du Digeste. En 533, date du Digeste, le

caducorum vindicatio existait encore ; les compilateurs devaient donc s'emparer du passage de Paul qui était relatif à la loi Julia et le placer au Digeste pour régler l'exercice du *jus caduca vindicandi*. En 534, date de la Constitution de Justinien (L. 1, C, *de Cad. toll.*, VI. 51), les lois caducaires sont abrogées; dès lors le texte de Paul l'est implicitement et n'a qu'un usage purement historique, comme Hugo l'a remarqué depuis longtemps.

Les dispositions de la loi prussienne sur le droit d'accroissement sont contenues dans les textes suivants : Partie 1, tit. 12, §§ 366 à 372, 284 à 287.

Art. 281 à 284. — Si l'un des héritiers refuse d'accepter la succession, sa part accroît aux autres héritiers en proportion de leurs droits ; les légataires seuls n'en profitent point.

Les objets légués par individus à plusieurs héritiers accroissent à défaut de l'un de ces derniers, aux autres, à l'exclusion de tous les autrés héritiers.

Si le testateur interdit l'accroissement, la portion vacante revient aux héritiers *ab intestat*.

Art. 286 et 287. — On ne peut pas dans ce cas refuser l'accroissement et garder sa part.

Art. 366 à 372. — Le legs que le légataire ne peut ou ne veut pas accepter, retourne à la masse, à moins qu'il n'y ait un substitué nommé par le testateur, ou que le legs ne soit pas fait à plusieurs par indivis, auquel cas la part répudiée revient aux colégataires.

(Anth. St Joseph, t. 3, p. 231).

Il résultes de ces textes :

1° Que l'accroissement est admis quand une chose a été donnée à plusieurs à la fois et indivisément;

2° Que l'indivision ne s'entend que matériellement quant à l'assignation de parts intellectuelles, elle n'empêche pas l'accroissement. La portion vacante accroît dans la proportion des parts fixées aux colégataires ;

3° Le testateur peut interdire l'accroissement qui est forcé de la part du légataire et s'opère avec charges.

Ce droit n'est donc pas celui des jurisconsultes romains, car ils n'exigent pas l'unité de disposition, mais l'unité de legs ; d'autre part, ce n'est pas celui de Justinien sur les *disjuncti*, puisqu'il faut un legs fait conjointement. Mais ce droit ressemble à celui de Justinien relativement aux *conjuncti*, car l'unité de disposition doit exister ici et les charges suivent la part du défaillant. L'accroissement est admis nonobstant assignation de parts et il est obligatoire ; ce qui semble une anomalie qui subsiste dans la législation, mais non plus dans la jurisprudence ou dans les écrits de Schweppe, Mülhenbrüch, Thibaut, Mackeldey. — (Holtius, Thém., t. X, p. 322 à 332.)

SARDAIGNE

(Le code Sarde, imité du droit français, a été publié le 20 juin 1837, par le roi Charles-Albert.)

Art. 866. — Les parts ne seront censées avoir été assignées que dans le cas où le testateur aura expressément désigné la quotité de la succession qui doit appartenir à chacun des cohéritiers. Les simples expressions *par égales parts* ou *portions* n'excluront pas le droit d'accroissement.

Art. 870. — Il y aura aussi lieu à accroissement entre les légataires, dans les cas prévus par les ar-

ticles 864 et 865 (ces art. correspondent aux art. 1044 et 1045, C. civ.), soit que l'un d'eux soit prédécédé au testateur, soit qu'il ait répudié le legs ou qu'il se trouve incapable de le recueillir, soit que la condition sous laquelle le legs a été fait vienne à manquer. Il y aura de même lieu à accroissement quand une chose qui n'est pas susceptible d'être divisée sans détérioration aura été léguée dans un même testament à plusieurs personnes, même par des dispositions séparées (1048, Civ.).

Lorsqu'un usufruit aura été légué à plusieurs personnes, et que d'après les règles prescrites ci-dessus, il y aura lieu à accroissement entre elles, la portion de l'usufruitier qui n'a pas profité du legs, ou qui est décédé, ou a cessé d'y participer après l'avoir accepté, accroît toujours aux autres usufruitiers. Mais s'il n'y a pas lieu à accroissement, cette portion se consolide à la propriété.

Art. 871. — Lorsqu'il n'y a pas lieu à accroissement entre les légataires, la portion de celui qui ne participera pas au legs, appartiendra à l'héritier ou au légataire personnellement chargé de l'acquitter; mais, si le legs est à la charge de la succession, cette portion profitera à tous les héritiers ou légataires au prorata de leur part héréditaire.

Art. 804. — L'héritier est celui au profit de qui le testateur a disposé à titre universel.

Art. 805. — Le légataire est celui au profit de qui le testateur a disposé à titre particulier.

Art. 867. — Les cohéritiers auxquels la portion du cohéritier qui ne participe pas à la succession sera dévolue en vertu du droit d'accroissement, supporteront toujours les obligations ou charges auxquelles il aurait été soumis.

Art. 868. — Le cohéritier auquel accroîtra la portion de celui qui ne participe pas à la succession, ne pourra la répudier, s'il ne renonce en même temps à la portion héréditaire qui lui a été déférée.

Art. 869. — Lorsqu'il n'y aura pas lieu à accroissement, la portion de l'héritier qui ne participera pas à la succession, sera dévolue aux héritiers légitimes du testateur. Ceux-ci devront supporter les charges et obligations auxquelles l'héritier susdit aurait été soumis.

(Anth. St-Jos., t. I, p. 107 et s.)

SAXE ROYALE

« Lorsque plusieurs personnes ayant été instituées conjointement et sans indication de parts, légataires universels ou à titre universel, l'une ou quelques-unes d'entre elles viennent à défaillir, la part de ces dernières accroît aux autres qui acceptent l'institution faite à leur profit ; il en est de même dans le cas où l'un des colégataires ne peut recueillir sa part, parce que la condition à laquelle la libéralité était subordonnée, ne s'est pas accomplie (C. civ., Saxe, 1863, art. 2269).

Si dans le cas de l'article précédent, un certain nombre des colégataires ont été désignés dans un même paragraphe et sous une expression collective, et que l'une des personnes de ce petit groupe spécial vienne à défaillir, c'est tout d'abord aux autres membres du groupe qu'appartient le droit d'accroissement (art. 2270).

Ne peuvent pas prétendre à ce droit les légataires particuliers et ceux dont la part idéale est explicitement fixée par le défunt (2271, 2272).

Quand un légataire universel ou à titre universel ou son propre héritier a fait adition d'hérédité, ses colégataires ne peuvent exercer aucun droit d'accroissement sur la part qui lui est ainsi acquise (2273).

La part héréditaire que l'on recueille par droit d'accroissement n'exige pas une acceptation spéciale, mais ne peut être répudiée (2274).

Le légataire auquel accroît une part est tenu des charges dont le testateur l'avait grevée, à moins qu'elles ne fussent exclusivement et personnellement imposées au légataire défaillant (2275).

Si le testateur a manifesté la volonté qu'il ne se produise pas d'accroissement éventuel, la part du légataire défaillant échoît *ab intestat* (2276). »

(Fuz. Hermann. V° Acc., n^{os} 148 à 154.)

POSITIONS

DROIT ROMAIN

I. — Le *jus antiquum in caducis* opérait sur toutes les dispositions défaillantes et non pas seulement sur celles qui ne pouvaient sortir à effet par une cause tirée de l'ancien droit civil.

II. — La loi 89, *de Legat.*, 3°, est relative au *jus caduca vindicandi* et non au *jus accrescendi.*

III. — La constitution de Caracalla (U. R. XVII, 2) ne s'est pas bornée à faire passer la vendication des *caduca* du trésor public (*ærarium*) au fisc ou trésor impérial (*fiscus*), mais elle a supprimé les *præmia patrum*, privilèges rétablis plus tard.

IV. — La conjonction *verbis* ne suffit pas à faire naître le droit d'accroissement.

V. — Le droit d'accroissement n'a pas lieu dans le legs d'aliments.

VI. — Les pactes et les stipulations ne donnent pas naissance au droit réel d'usufruit, mais à une simple obligation personnelle de constituer la servitude.

VII. — Le pacte de consitut ne peut donner lieu à la corréalité véritable, mais seulement à l'obligation *in solidum.*

VIII. — Le pacte joint *in continenti* à une stipulation a fini par faire corps avec le contrat.

IX. — La condamnation sous le système des actions, comme sous le système formulaire, était toujours pécuniaire.

X. — La simple convention de donner est devenue sous Justinien un pacte légitime.

DROIT FRANÇAIS ACTUEL

I. — Lorsque les légataires sont véritablement conjoints, et que l'un des légataires est déclaré indigne, il y a accroissement au profit de l'autre.

II. — La détermination des parts n'est pas nécessairement exclusive du droit d'accroissement.

III. — Les règles écrites dans les articles 1044 et 1045 ne sont pas applicables aux legs d'universalité (legs universels, legs à titre universel).

IV. — L'accroissement a lieu avec la charge, mais il n'est pas forcé.

V. — L'accroissement ne peut avoir lieu entre les colégataires de l'usufruit d'une même chose, après que chaque colégataire a recueilli son legs.

VI. — En principe, les juges du fond sont souverains pour déterminer la volonté du testateur et apprécier l'étendue du legs; mais leur pouvoir ne va pas jusqu'à dénaturer le sens d'une expression claire et précise, sous prétexte de se conformer à la volonté du testateur.

VII. — Le contrat par correspondance est formé quand

l'acceptant est dessaisi de la lettre qui contient l'acceptation de l'offre. C'est le système de l'expédition.

VIII. — Le preneur à bail emphythéotique n'a pas un droit réel immobilier susceptible d'hypothèque.

IX. — La femme a le droit de se prévaloir de son hypothèque à l'encontre des tiers, sur les conquêts, sans distinction suivant qu'elle accepte la communauté ou qu'elle y renonce.

X. — Le droit de rétention, qui est un droit réel, doit être reconnu, dans les cas où il se trouve dans les circonstances de l'article 1184, d'après lequel, nul ne peut poursuivre l'exécution d'une obligation, s'il n'exécute pas de son côté l'obligation corrélative dont il est tenu.

XI. — L'incapacité de l'interdit qui est, en principe, une incapacité d'exercice, s'applique, d'après l'article 502, à tous les actes, et atteint, par exception, la jouissance des droits, quand la jouissance et l'exercice se trouvent inséparables.

XII. — La vente de la chose d'autrui est nulle, d'une nullité absolue.

HISTOIRE DU DROIT

I. — Le régime de la communauté de biens, de même que le douaire et l'institution contractuelle, a sa source dans les traditions germaniques.

II. — La nécessité de l'autorisation maritale dérive du *mundium* germanique.

DROIT COMMERCIAL

I. — Le créancier dont le privilège (ou l'hypothèque) seulement est contesté peut voter au concordat.

II. — La constitution de dot est un acte à titre gratuit qui tombe sous le coup de l'article 446, C.

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

I. — C'est la loi nationale du mari et non la loi du domicile matrimonial qui détermine le régime des époux.

II. — La règle *mobilia sequuntur personam* ne rend le statut personnel de l'étranger décédé en France applicable à la dévolution de la succession, pour les biens meubles situés en France, que sous la condition que les droits des Français ne seront pas lésés. Il n'y a pas à distinguer entre la succession testamentaire et celle *ab intestat*. Spécialement, les légataires d'un Suisse décédé en France, en présence de frères et de sœurs du *de cujus*, auxquels la loi nationale de celui-ci confère une réserve héréditaire, sont saisis de plein droit de la totalité des biens meubles situés en France, laissés par le testateur (L. 14 juillet 1819, art. 1 et 2).

DROIT PÉNAL

I. — Les jugements ou arrêts rendus au criminel ont l'effet de la chose jugée relativement à l'action civile.

Ainsi, le jugement d'un tribunal correctionnel passé en force de chose jugée, qui a condamné un individu comme coupable d'un fait criminel, établit sur l'action civile formée ultérieurement contre le condamné par la personne

à laquelle ce fait a porté préjudice, une présomption légale qui dispense le demandeur de toute autre preuve.

II. — Lorsque le récidiviste est condamné avec circonstances atténuantes, le juge doit déterminer d'abord la peine encourue à raison de la récidive, puis la modifier suivant les distinctions de nature et de quotité autorisée, par l'article 463.

III. — Dans les délits d'habitude, la prescription ne court pas, tant qu'il n'y a pas de faits suffisants pour constituer l'habitude.

DROIT CONSTITUTIONNEL

I. — Le Sénat a les mêmes droits que la Chambre. Cependant, cette dernière doit être saisie la première des projets de loi en matière de finances.

II. — Le système de la dualité des Chambres offre plus d'avantages que celui de l'unité.

III. — Le législateur a été logique en décidant que les amnisties ne pourraient être accordées que par une loi (Loi relative à l'organis. des Pouv. publ., 25 février 1875. art. 3).

Vu par le Président de la thèse,
F. ARTHUYS.

Vu pour le Doyen,
E. PETIT.

Permis d'imprimer :
Poitiers, le 8 juin 1889.

Pour le Recteur en tournée :
L'inspecteur d'Académie délégué,
O. BELLANGER.

Les visas exigés par les règlements sont une garantie des principes et des opinions relatives à la religion, à l'ordre public, et aux bonnes mœurs (Statuts du 9 avril 1825, art. 41), mais non des opinions purement juridiques, dont la responsabilité est laissée aux candidats.

Le candidat répondra en outre aux questions qui lui seront faites sur toutes les matières de l'enseignement.

TABLE DES MATIÈRES

Pages.

INTRODUCTION. 1

PREMIÈRE PARTIE

ANCIEN DROIT

CHAPITRE Ier. — Causes de défaillance d'un legs et fondement du droit d'accroissement.

§ 1. — Comment un legs peut-il faire défaut. . . . 12

§ 2. — Fondement du droit d'accroissement. . . . 16

CHAPITRE II. — De l'accroissement dans les legs de propriété et de créance.

§ 1. — Legs *per vindicationem*. 18

§ 2. — Legs *per damnationem*. 19

§ 3. — Legs *sinendi modo*. 24

§ 4. — Legs *per præceptionem* 26

CHAPITRE III. — Quels conjoints peuvent invoquer le droit d'accroissement 32

CHAPITRE IV. — Règles du droit d'accroissement.

SECTION I. — L'accroissement a lieu de plein droit, forcément et sans charges 38

SECTION II. — Dans quelle proportion a lieu le droit d'accroissement. — Cas de concours des différents légataires 43

DEUXIÈME PARTIE

LÉGISLATION CADUCAIRE

Généralités 46

CHAPITRE Ier. — Des incapables. 50

Pages.

CHAPITRE II. — *Solidi capacitas, jus antiquum, jus patrum*
§ 1. — *Solidi capacitas.* 55
§ 2. — *Jus antiquum in caducis.* 58
§ 3. — *Jus patrum.* 65
CHAPITRE III. — Dispositions reconnues par les lois caducaires.
§ 1. — Dispositions *pro non scriptis.* 69
§ 2. — — *caduca* 73
§ 3. — — *in causa caduci.* 74
CHAPITRE IV. — Dévolution des biens caducs. Règles sur leur réclamation.
§ 1. — Dévolution des parts caduques. 80
§ 2. — Règles de l'acquisition des *caduca* 87
CHAPITRE V. — Abrogation des lois caducaires.
§ 1. — Moyens d'éluder les lois caducaires. — Substitution. 90
§ 2. — Réforme de Caracalla. 96
§ 3. — Constitutions de Constantin, Honorius et Théodose. 98

TROISIÈME PARTIE

DROIT DE JUSTINIEN

CHAPITRE Ier. — Réformes de Justinien.
§ 1. — De l'adition d'hérédité et du *dies cedit* . . 104
§ 2. — A qui profite la défaillance d'un legs. — Ordre de dévolution. 105
§ 3. — Transmission des charges. 111

QUATRIÈME PARTIE

DU DROIT D'ACCROISSEMENT ENTRE COLÉGATAIRES D'USUFRUIT

SECTION I. — Notion de l'accroissement du droit d'usufruit et des singularités qu'il présente.
§ 1. — Notion de l'accroissement du droit d'usufruit. 120
§ 2. — Particularités du legs d'usufruit. 124

Pages.

SECTION II. — De la répétition de l'usufruit et de son influence sur le droit d'accroissement.
§ 1. — De la répétition de l'usufruit 130
§ 2. — Influence de la répétition de l'usufruit sur l'accroissement 132
SECTION III. — Application des règles générales à l'accroissement du legs d'usufruit.
§ 1. — Cas où il a lieu. 138
§ 2. — Cas où il n'a pas lieu. 148
SECTION IV. — Du droit d'accroissement entre colégataires d'un quasi-usufruit 159
SECTION V. — De l'accroissement dans un legs d'usage ou d'habitation 161
SECTION VI. — Si l'accroissement a lieu dans les servitudes prédiales 162
SECTION VII. — Si l'accroissement peut se produire en dehors des dispositions de dernière volonté. . . 163

APPENDICE

DE L'ACCROISSEMENT DANS LES FIDÉICOMMIS ET LES DONATIONS *MORTIS CAUSA*

SECTION I. — De l'accroissement dans les fidéicommis. . . 166
SECTION II. — De l'accroissement dans les donations *m. c.* 167

ANCIEN DROIT

CHAPITRE Ier. — Conditions du droit d'accroissement.
§ 1. — Fondement de ce droit 174
§ 2. — Des diverses conjonctions 177
§ 3. — Les successeurs à titre particulier profitent-ils du droit d'accroissement. 186
§ 4. — Effets de l'indignité sur le droit d'accroissement 190
CHAPITRE II. — Effets du droit d'accroissement.
§ 1. — Comment s'opère le droit d'accroissement. . 193
§ 2. — Qui doit profiter du droit d'accroissement. . 195

Pages

CHAPITRE III. — Si le droit d'accroissement peut avoir lieu en dehors des dispositions testamentaires.

§ 1. — A-t-il lieu dans les contrats ? 197
§ 2. — *Quid* dans les donations entre-vifs ? . . . 198
§ 3 — — les lods et ventes 200
§ 4. — — les institutions contractuelles. . . . 201
§ 5. — — le douaire. 202
§ 6. — — la communauté conjugale 204
§ 7. — — le cas de communauté continuée. . . 205
CHAPITRE IV. — De l'accroissement dans les legs d'usufruit. . 207

DROIT ACTUEL

Historique des art. 1044-1045 213
CHAPITRE Ier. — Cas dans lesquels le droit d'accroissement peut être ouvert (1043).
§. 1. — Des causes de nullité des legs. 220
§. 2. — De la révocation des dispositions testamentaires 221
§. 3. — De la caducité des legs. 223
§. 4. — Effets de la nullité, de la révocation et de la caducité des legs 230
CHAPITRE II. — Explication des art. 1044, 1045. — Diverses conjonctions.
§ 1. — Conjonction mixte (*re et verbis*). 233
§ 2. — — verbale (*verbis tantum*) . . . 234
§ 3. — — réelle (*re tantum*) 247
I. — — Système de Proudhon 251
II. — — Système de Colmet de Santerre. 254
§ 4. — Fondement du droit d'accroissement d'après le Code 261
CHAPITRE III. — Les art. 1044-1045 s'appliquent-ils aux legs d'universalité.
§ 1. — Doctrine 265
§ 2. — Jurisprudence 269
CHAPITRE IV. — Comment s'opère l'accroissement. — Effets.
§ 1. — L'accroissement est-il volontaire ou forcé ? A-t-il lieu avec charges ou sans charges. . 281
§ 2. — A quel moment le légataire doit-il être capable pour profiter du droit d'accroissement ? — Règle *portio portioni accrescit*. . . . 286
§ 3. — Règles relatives au partage. 288
§ 4. — L'accroissement s'opère-t-il en faveur des successeurs à titre particulier 292

Pages.

§ 5. — La révocation judiciaire résultant de l'inexécution des conditions ou de l'ingratitude du légataire, doit-elle être assimilée, quant à ses effets, à la caducité et à la révocation qui a lieu par le fait du testateur ? L'accroissement doit-il avoir lieu ? 293

Chapitre V. — Dans quelles dispositions se produit le droit d'accroissement ? — Institutions contractuelles. 296

Chapitre VI. — Du droit d'accroissement dans les legs d'usufruit.

§ 1. — Les anciennes particularités de ce droit subsistent-elles ? 299

§ 2. — La nue propriété a été léguée à l'un et l'usufruit à l'autre, la caducité ou la répudiation du legs d'usufruit, profitera-t-elle au nu-propriétaire ou à l'héritier ? 307

§ 3. — Legs d'aliments. 313

DROIT COMPARÉ

Angleterre 316
Autriche 318
Belgique 319
Bolivie. 320
Espagne 321
États-Unis (Illinois) 322
Hollande 323
Iles Ioniennes 324
Italie 324
Louisiane 326
Neuchâtel (canton de) 326
Portugal 327
Prusse. 328
Sardaigne. 331
Saxe royale. 333

POSITIONS. 335

TOURS, IMPRIMERIE DESLIS FRÈRES, RUE GAMBETTA, 6.

ERRATA

Pag.	lig.	Au lieu de:	Lire:
10	18	toute	tout
15	6	refusele leg	refuse le legs
36	28	XIX	XXIX
41	25	LX	XL
52	3	parternelle	paternelle
62	9	est un	aux
70	12	ou	où
72	26	motif ou d'intérêt de cupidité	motif d'intérêt, de cupidité
94	25	C., et adq.,	D., de adq.
101	14	sag it	s'agit
112	5	répudient	répudier
119	16	volenti	nolenti
125	17	VIII	VII
127	1	a	la
134	16	repetierod, si qudidem	repetiero si quidem
135	28	égataire	légataire
153	10	famt	faut
157	2	sen	sed
160	21	quidos	quinos
165	22	domine	nomine
178	24	iantum	tantum
183	4	judicioa utem	judicio autem
183	7	colligue	collige
188	3	XXXI	XXIX
189	5	parvenerit	pervenerit
190	note 1	consentientiem	consentientem
202	note 2	Qu'est	Quest
221	lig. 7	jupiciaire	judiciaire
222	1	Le	De
227	28	es	est
234	14	tantnm	tantum
247	6	acceptation	acception
260	8	inidviduis	individuis
275	5	M.	M. M.
319	14	parts mêmes parts égales	parts, même égales
328	1	toute	tout
335	19	consitut	constitut

10	14	Après *présomptions*, supprimer la virgule
17	5	Après *forme*, supprimer la virgule
71	29	Après *Ulp.* ; supprimer *de*
81	23	Après *réfèrent*, mettre un point et virgule
108	24	Supprimer *conjunctim*
130	12	Après *personne*, supprimer *il*
168	22	Après *contraires*, supprimer la virgule
309	18	Après (2), fermer les guillemets

93 13 14 f. lire : l'institutio

91 20 " " " Institum

LIBRAIRIE L. LAROSE ET FORCEL

22, RUE SOUFFLOT, 22

OUVRAGES DE DROIT

SCIENCES, ARTS, LITTÉRATURE, ETC.

NEUFS ET D'OCCASION

Tours, imprimerie Deslis frères.